



LA PRESÓ PROVISIONAL DES D'UNA PERSPECTIVA ACTUAL

Sandra López Sáinz

Tutora: Dra. Sílvia Pereira Puigvert

Treball Final de Grau en Dret

Universitat de Girona

Curs acadèmic 2017 - 2018

La institución de la prisión provisional se encuentra situada entre el deber estatal de perseguir eficazmente el delito y el deber estatal de asegurar el ámbito de la libertad del ciudadano.

Sentència del Tribunal Constitucional 41/1982, de 2 de juliol de 1982 FJ. 2.

ÍNDIX

INTRODUCCIÓ	8
CAPÍTOL I – LA PRESÓ PROVISIONAL: ESTUDI GENERAL	10
1. MARC CONCEPTUAL, NATURALES, FINALITATS I CARACTERÍSTIQUES DE LA PRESÓ PROVISIONAL	10
1.1 MARC CONCEPTUAL.....	10
1.2 NATURALES	11
1.2.1 PENA ANTICIPADA	11
1.2.2 MESURA CAUTELAR	11
1.2.3 MESURA DE SEGURETAT O PROTECCIÓ.....	12
1.3 FINALITATS.....	13
1.3.1 ASSEGURAR LA PRESÈNCIA DE L'INVESTIGAT O ENCAUSAT	14
1.3.2 EVITAR LA DESTRUCCIÓ PROBATÒRIA	15
1.3.3 EVITAR LA REITERACIÓ DELICTIVA	16
1.4 CARACTERÍSTIQUES.....	17
1.4.1 JURISDICCIONALITAT	17
1.4.2 LEGALITAT.....	17
1.4.3 INSTRUMENTALITAT.....	18
1.4.4 PROPORCIONALITAT	18
1.4.5 EXCEPCIONALITAT	18
1.4.6 PROVISIONALITAT	19
1.4.7 VARIABILITAT: <i>REBUS SIC STANTIBUS</i>	19
1.4.8 MOTIVACIÓ	20
1.4.9 TEMPORALITAT	21
2. PRESSUPÒSITS: FUMUS BONI IURIS I PERICULUM IN MORA	21
2.1 FUMUS BONI IURIS	21
2.2 PERICULUM IN MORA.....	22
A) LÍMIT PENOLÒGIC	22
B) RISC DE FUGA.....	22
C) RISC DE DESTRUCCIÓ PROBATÒRIA	23
D) RISC DE REITERACIÓ DELICTIVA	23
3. MODALITATS DE LA PRESÓ PROVISIONAL	23
3.1 PRESÓ PROVISIONAL COMUNICADA	23
3.2 PRESÓ PROVISIONAL INCOMUNICADA	24
3.3 ALTRES POSSIBLES MODALITATS: PRESÓ PROVISIONAL ATENUADA	26

A) PRESÓ PROVISIONAL DOMICILIÀRIA	27
B) CUSTÒDIA CAUTELAR A UN CENTRE DE DESINTOXICACIÓ O DESHABITUACIÓ DE SUBSTÀNCIES ESTUPEFAENTS.....	28
4. PROCEDIMENT	28
4.1 COMPETÈNCIA	28
4.2 NECESSITAT D'INSTÀNCIA DE PART I AUDIÈNCIA PRÈVIA.....	29
4.3 RESOLUCIÓ DE LA PRESÓ PROVISIONAL I RECURSOS	31
5. DURADA DE LA PRESÓ PROVISIONAL	33
5.1 TERMINIS CONCRETS DEPENDENT DE QUINA SIGUI LA FINALITAT QUE FONAMENTA L'ADOPCIÓ DE LA MESURA	34
5.1.1 EVITAR LA FUGA O L'ACUTACIÓ DELICTIVA GENERAL O CONTRA LA VÍCTIMA.....	34
5.1.2 EVITAR LA OCULTACIÓ, ALTERACIÓ O DESTRUCCIÓ PROBATÒRIA	35
5.2 CÒMPUT DEL TERMINI.....	36
5.3 INSTRUMENTS DE GARANTIA.....	37
6. ABONAMENT DE CONDEMNA O INDEMNITZACIÓ PER PRESÓ PROVISIONAL INJUSTA.....	38
6.1 ABONAMENT DE CONDEMNA.....	38
6.1.1 CAUSA SUSCEPTIBLE D'ABONAMENT DE CONDEMA	38
6.2 INDEMNITZACIÓ PER PRESÓ PROVISIONAL INJUSTA	39
CAPÍTOL II - MESURES ALTERNATIVES A LA PRESÓ PROVISIONAL.....	42
1. LLIBERTAT PROVISIONAL	42
1.1 ESTABLIMENT D'UNA FIANÇA	44
1.2 COMPAREIXENCES <i>APUD ACTA</i>	45
1.3 MESURES DESTINADES A LA PROTECCIÓ DE LA VÍCTIMA.....	45
1.3.1 PROHIBICIONS DE RESIDÈNCIA, APROXIMACIÓ I COMUNICACIÓ	46
1.3.2 ORDRE DE PROTECCIÓ	47
1.3.3 PROTECCIÓ DE LA VÍCTIMA AMB NECESSITATS ESPECIALS: MENOR D'EDAT O AMB LA CAPACITAT JUDICIALMENT MODIFICADA.....	48
2. PROHIBICIÓ DE SORTIR DEL PAÍS I RETIRADA DEL PASSAPORT	49
3. RETIRADA DEL PERMÍS DE CONDUIR	49
EPÍLEG FINAL	52
BIBLIOGRAFIA	58
ÍNDEX SISTEMATITZAT DE JURISPRUDÈNCIA	60

ABREVIATURES

Art.	Article
CC	Codi Civil
CE	Constitució Espanyola
CEDH	Conveni Europeu de Drets Humans
CJM	Codi de Justícia Militar
CP	Codi Penal
FJ	Fonament Jurídic
LEC	Llei d'Enjudiciament Civil
LECrim	Llei d'Enjudiciament Criminal
LO	Llei Orgànica
LOGP	Llei Orgànica General Penitenciària
LOPJ	Llei Orgànica del Poder Judicial
MF	Ministeri Fiscal
OJ	Ordenament Jurídic
pp.	Pàgina
RP	Reglament Penitenciari
STC	Sentència del Tribunal Constitucional
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeu de Drets Humans
TS	Tribunal Suprem

INTRODUCCIÓ

Aquest treball té com objecte la presó provisional des d'una perspectiva actual. La finalitat del present treball és proporcionar una anàlisi exhaustiva de la regulació existent en matèria de presó provisional. Es tracta d'una qüestió que ha merescut una gran atenció per part del legislador, la doctrina i la jurisprudència. A més són molts els casos d'actualitat on la presó provisional té un destacat protagonisme: procés català; la Manada; cas de tres ex futbolistes de l'Arandina; cas Diana Quer; cas Nadia, etc.

Els motius que m'han portat a escollir aquest tema són el meu interès per conèixer la institució de la presó provisional i aprofundir en una qüestió molt controvertida del procés penal. El meu interrogant era saber com s'articula la mesura de la presó provisional en relació als seus límits que són el dret a la llibertat i el dret a la presumpció d'innocència.

Entrant en matèria, la presó provisional és una mesura cautelar que consisteix en la privació de llibertat d'una persona anomenada encausat o investigat mentre es troba pendent un procés penal contra ell.

Des d'un punt de vista d'estructura, aquest Treball Final de Grau es divideix en dos capítols i un epíleg final. En el capítol primer, que porta per títol "La presó provisional: estudi general", s'analitza el marc conceptual, la naturalesa, les finalitats i les característiques de la presó provisional. Així mateix, es fa una significativa aproximació als pressupòsits de la presó provisional (*fumus boni iuris* i *periculum in mora*) i a les modalitats d'aquesta, tenint en compte que les dues grans classes són la presó provisional comunicada i la incomunicada. Tanmateix hi ha altres possibles modalitats de presó provisional que es consideren atenuades tals com la presó provisional domiciliària o la custòdia cautelar a un centre de desintoxicació. D'altra banda, s'ofereix tota la tramitació procedimental de la presó provisional, la seva durada, l'abonament de la condemna i la indemnització per presó provisional injusta. L'objectiu d'aquest primer capítol és oferir al lector una visió general del què és la presó provisional.

En el capítol segon, titulat "Mesures alternatives a la presó provisional", es fa un estudi sobre la llibertat provisional i les mesures destinades a la protecció de la víctima mentre s'espera que es celebri el judici oral i l'investigat o encausat es troba en llibertat provisional. Per raons d'espai del què s'espera d'un Treball Final de Grau, s'ha considerat oportú centrar més l'atenció en tota la regulació de la presó provisional i completar-ho amb una petita aportació sobre les mesures alternatives.

A l'epíleg final s'ha portat a terme un recull de les principals reflexions del treball i aportacions pròpies fent una breu valoració d'alguns dels casos més mediàtics.

Atenent a una perspectiva metodològica, per a l'elaboració d'aquest treball, s'han utilitzat diferents monografies, manuals i articles doctrinals d'autors processalistes i experts en la matèria així com jurisprudència del Tribunal Europeu de Drets Humans, Tribunal Constitucional i Tribunal Suprem. Tota la bibliografia apareix citada al treball i la jurisprudència sistematitzada en un índex.

CAPÍTOL I – LA PRESÓ PROVISIONAL: ESTUDI GENERAL

1. MARC CONCEPTUAL, NATURALESA, FINALITATS I CARACTERÍSTIQUES DE LA PRESÓ PROVISIONAL

1.1 MARC CONCEPTUAL

La presó provisional és una mesura cautelar que consisteix en la privació de llibertat d'una persona anomenada encausat o investigat mentre es troba pendent un procés penal contra ell.

La presó provisional té uns límits que són el dret a la llibertat i el dret a la presumpció d'innocència. L'article 17 de la Constitució Espanyola (d'ara endavant CE) imposa certes restriccions a l'hora d'adoptar la mesura, essent la llibertat la regla general, la presó provisional només es pot adoptar quan sigui absolutament necessària, per tant l'excepcionalitat haurà d'estar present quan s'adopti la mesura. En quant a mesura privativa del dret contingut a l'article 17 CE, *"es el resultado del conflicto de intereses individual en la libertad-social en el mantenimiento de la Seguridad, en la eficacia de la persecución de los delitos que, en todo caso, y en un Estado democrático debe solucionarse a través de la consecución de la síntesis de ambos, los cuales son igualmente dignos de protección"*¹. De la mateixa manera s'expressa el Tribunal Constitucional (d'ara endavant TC)²: *"la prisión provisional se sitúa entre el deber estatal de perseguir eficazmente el delito y el deber estatal de asegurar el ámbito de libertad del ciudadano"*. El dret a la presumpció d'innocència (art. 24.2 CE) també imposa uns límits, i és que a aquesta situació només s'hi podrà arribar si concorren determinats pressupòsits que justifiquin la seva adopció i manteniment: el *periculum in mora* i el *fumus boni iuris*.

La majoria de la doctrina considera la presó provisional com una institució de difícil justificació ja que es tracta de la restricció de la llibertat anterior a la sentència condemnatòria, fet que consideren constitueix un atemptat a la presumpció d'innocència. Segons ASENSIO MELLADO, el problema de la presó provisional *"no es tanto el de su existencia –ya que lo deseable pero inviable en la actualidad sería que la libertad se mantuviera hasta el momento de dictarse la sentencia-, sino el de su regulación positiva en la forma más acorde con los derechos constitucionales a la libertad y a la presunción de inocencia y las consecuencias derivadas de su vigencia"*. Per tant, seria convenient que la resolució per la qual s'adopta la presó provisional tingués en compte les estrictes finalitats cautelars i fos d'acord als caràcters propis d'aquestes mesures.

¹ Asencio Mellado, José María. *La prisión provisional*, ed. Civitas S.A, Madrid, 1987, pp. 29.

² STC 41/1982, de 2 de juliol, FJ. 2.

1.2 NATURALES

Pel que fa a la naturalesa de la presó provisional són tres les opcions de qualificació que se li podrien atribuir: pena anticipada, mesura cautelar o mesura de seguretat o protecció.

1.2.1 PENA ANTICIPADA

Hi ha autors que consideren la presó provisional una pena anticipada, i entre aquests cal destacar ANDRÉS IBÁÑEZ que afirma que la presó provisional i la pena tenen la mateixa naturalesa ja que el bé jurídic afectat en ambdós és el mateix i l'afectació d'aquest bé jurídic es produeix de la mateixa forma. També indica que la única diferenciació que es pot fer entre presó provisional i pena es pot trobar a la seva "funció formal-processal"³. Un altre autor a destacar és RODRÍGUEZ RAMOS que apunta que la presó provisional és una pena anticipada perquè considera que aquesta troba el seu fonament en l'alarma social o la necessitat de tranquil·litzar la societat⁴.

Aquesta naturalesa de la presó provisional ha de ser descartada ja que el propi Codi Penal (d'ara endavant CP) a l'article 34.1 estableix que no es consideren penes ni la detenció ni la presó provisional ni les altres mesures cautelars de naturalesa penal. I per afegiment, la presó provisional no consta a l'article 33 CP que és l'encarregat d'establir un llistat amb les mesures que poden considerar-se penes.

Quan s'adopta la presó provisional no es fa amb la finalitat de sancionar que caracteritza les penes. I si bé és cert que ambdues consisteixen en una privació de llibertat, la presó provisional és, com el seu nom indica, provisional i vinculada a l'existència d'un procés.

1.2.2 MESURA CAUTELAR

La naturalesa cautelar és la que s'atribueix de forma majoritària per part de la doctrina, la jurisprudència i el legislador a la presó provisional. El TC assenyala el següent: "*La prisión provisional es una medida cautelar de naturaleza personal, que tiene como primordial finalidad la de asegurar la disponibilidad física del imputado con miras al cumplimiento de la sentencia condenatoria que eventualmente pueda ser dictada en su contra, impidiendo de este modo que*

³ Andrés Ibáñez, Perfecto. *El juez y la prisión provisional*, AAVV, Prisión provisional, detención preventiva y derechos fundamentales (coord. Barbero Santos, M.) Seminari internacional (Toledo, 2 a 5 de octubre de 1996) Secció Espanyola d'Intercenter, Edicions de la Universitat de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1997, pp. 19.

⁴ Rodríguez Ramos, Luis. *Inconstitucionalidad de la vigente regulación de la prisión preventiva*, AJA, núm. 451, 7 de setembre de 2000, pp. 3.

dicho sujeto pasivo de la imputación pueda sustraerse a la acción de la justicia. No es en modo alguno una especie de pena anticipada”⁵.

La finalitat del propi procés penal és el que dotaria de sentit i contingut a aquesta naturalesa. És a dir, la presó provisional en quant tendeix a garantir l’efectivitat de l’eventual sentència condemnatòria que es pugui dictar, té naturalesa de mesura cautelar. I, a diferència del procés civil, això en el procés penal ve a coincidir amb assegurar l’execució de la sentència que hagi de recaure.

En certes ocasions a les mesures cautelars penals se’ls hi atribueix aquesta funció de garantir el desenvolupament del procés⁶, funció que pot ser desenvolupada per la presó provisional i així ho confirma a la seva exposició de motius la Llei Orgànica (d’ara endavant LO) 13/2003, de 24 d’octubre, de reforma de la Llei d’Enjudiciament Criminal en matèria de presó provisional. Per tant, la presó provisional en la mesura que compleixi aquesta funció de garantir el procés, actua com una mesura cautelar o una garantia processal⁷.

A diferència de mesures de diferent naturalesa, les mesures cautelars tenen la finalitat d’assegurar l’èxit del procés, per això estan subjectes a la instrumentalitat respecte d’aquest, que en sí és el que les distingeix i defineix. La mesura cautelar depèn dels riscos que puguin sorgir mentre es desenvolupa el procés, és a dir, la seva adopció es veu justificada per evitar que concorrin aquests riscos.

Però s’ha d’indicar que últimament el legislador i la jurisprudència es refereixen a certes mesures com a “mesures cautelars” i els hi atribueixen funcions que no són les estrictament cautelars; per això la doctrina considera que es desvirtua la naturalesa cautelar d’aquestes mesures. Per tant, al següent punt veurem si la presó provisional pot tenir alguna naturalesa a més de la cautelar.

1.2.3 MESURA DE SEGURETAT O PROTECCIÓ

La presó provisional té una naturalesa cautelar però ens hem de plantejar si pot tenir una altra naturalesa a més de la cautelar; en concret veure si és possible incorporar-la en el marc de les mesures de seguretat.

⁵ STC 19/1999, de 22 de febrer, FJ. 5.

⁶ Illescas Rus, Ángel Vicente. *Las medidas cautelares personales en el proceso penal*, Revista de Dret Processal nº1, Madrid, 1995, pp. 64.

⁷ Gutiérrez de Cabiedes, Pablo. *La prisión provisional*, ed. Aranzadi S.A, Navarra, 2004, pp. 54.

Aquest plantejament té una gran importància ja que la presó provisional sol ser definida per la llei i la jurisprudència com una mesura cautelar però alhora se li atribueixen funcions que difícilment podem considerar que siguin pròpies de les mesures cautelars (com acabo de mencionar al final del punt anterior). També passa el contrari, i és que la doctrina habitualment nega que la presó provisional pugui desenvolupar les finalitats que tant el legislador com la jurisprudència li atribueixen, afirmant que no s'adeqüen a la seva naturalesa cautelar.

Per tant, ens hem de preguntar si la presó provisional pot desenvolupar funcions pròpies d'una mesura de seguretat i si, en cas afirmatiu, pot sostenir-se que ens trobem davant una mesura estricta i exclusivament cautelar.

El que podria sostenir que la presó provisional fos qualificada com una mesura de seguretat és que tant el TC com el Tribunal Europeu de Drets Humans (d'ara endavant TEDH) li assignen la finalitat d'evitació de la reiteració delictiva⁸. Ara bé, el nostre sistema i ordenament penal vigent impedeixen que la presó provisional es pugui incloure en les mesures de seguretat en la mesura en què aquesta sigui adoptada en atenció a les finalitats no cautelars. El primer argument consisteix en què el nostre OJ no contempla ja les mesures de seguretat predelictuals (arts. 3 i 95 CP). El segon argument consisteix en què la presó provisional no es troba entre les mesures de seguretat que enumera l'article 96 CP i, per tant, la seva adopció esdevindria contrària al principi de legalitat. Amb l'afegit que la presó provisional tampoc respon a la inimputabilitat o semiimputabilitat que configura l'estat perillós i és un dels elements que configura les mesures de seguretat.

1.3 FINALITATS

La presó provisional només podrà adoptar-se si compleix amb determinades finalitats a les que ha de respondre. Tal com ens diu el TC a la sentència 66/1997, sempre s'ha d'examinar la finalitat que legitima la presó ja que *"sin ese fin no cabe justificación alguna del sacrificio de la libertad que supone la prisión provisional, ni es posible por ello la aprobación constitucional de la misma"*⁹.

És important fer una breu menció a la Recomanació (80) 11 del Consell d'Europa, la qual diu que només es podrà decretar la presó provisional quan, a més d'existir la sospita que l'interessat

⁸ A títol d'exemple la STC 128/1995, quan exposa que *"la prisión provisional responde a la necesidad de conjurar ciertos riesgos relevantes para el proceso y, en su caso, para la ejecución del fallo, que parten del imputado, a saber: su sustracción de la acción de la Administración de Justicia, la obstrucción de la instrucción penal y, en un plano distinto aunque íntimamente relacionado, la reiteración delictiva"*.

⁹ STC 66/1997, de 7 d'abril, FJ. 6.

ha comès el delict del qual es tracti, “*existan serias razones para pensar que se dan uno o varios de los siguientes peligros: peligro de huida, peligro de obstrucción del curso de la justicia, peligro de que la persona cometa una infracción grave (...)*”.

La Llei d'Enjudiciament Criminal (d'ara endavant LECrim) actualment conté tres finalitats que són l'assegurament de la presència de l'investigat (Art. 503.1.3 a) LECrim), evitar la destrucció probatòria (Art. 503.1.3 b) LECrim) i evitar la reiteració delictiva (Arts. 503.1.3 c) i 503.2 LECrim).

1.3.1 ASSEGURAR LA PRESENCIA DE L'INVESTIGAT O ENCAUSAT

Aquesta funció la trobem a l'article 503.1.3 a) LECrim i podríem considerar que es divideix en dos que són l'assegurament de la presència de l'encausat o investigat en el procés i que aquest pugui complir l'eventual pena que se li imposi. S'afirma que aquestes dues funcions són correlatives ja que la majoria dels autors de dret processal, dels quals podem assenyalar MORENO CATENA, PRIETO CASTRO o SOTO NIETO¹⁰, consideren que assegurar la celebració del judici oral suposa aconseguir que s'executi la pena que s'imposa; i es basen en algunes afirmacions com que la declaració en rebel·lia del subjecte no només frustra el procés, sinó també l'execució de la futura pena i, a més, la pena és la finalitat més important del procés, de tal manera que “l'exercici del *ius puniendi* per part de l'Estat troba el seu fonament al propi procés penal, sense el qual els ciutadans mancarien de tota garantia enfront a l'Administració”¹¹.

Per altra banda, alguns autors consideren que una de les dues funcions és més important que l'altra o entenen que la funció que consisteix en assegurar la pena és una infracció del dret a la presumpció d'innocència ja que es basa en prejudicar¹². Així doncs, aquests autors defensen la finalitat d'assegurar el procés amb independència de fer el mateix amb la pena i, en aquesta línia autors com ANDRÉS IBÁÑEZ consideren que és molt important evitar la declaració en rebel·lia, ja que aquesta suposa la frustració del procés i fa impossible el descobriment del fet investigat¹³. En canvi, autors com DE LUCA¹⁴, consideren que la presó provisional no pot tenir sols la finalitat d'assegurar el procés sinó que només pot tenir sentit si també té la finalitat de garantir l'execució de la pena ja que el preu que ha de pagar el subjecte és molt alt (privació de llibertat) en comparació als avantatges que aquest fet aporta.

¹⁰ Soto Nieto, Francisco (1995). *La prisión y libertad provisionales vistas por un juez*, RDP. Ib. nº4, 1995, pp. 579 i 580.

¹¹ Asencio Mellado, José María. *La prisión provisional*, ed. Civitas S.A, Madrid, 1987, pp. 34.

¹² Ruiz-Jarabo Colomer, Dámaso. *La prisión provisional en la doctrina del Tribunal Europeo de Estrasburgo*, “RDJud”, núm. 10, pp. 153.

¹³ Asencio Mellado, José María. *La prisión provisional*, ed. Civitas S.A, Madrid, 1987, pp. 34.

¹⁴ De Luca, Giuseppe. *Lineamenti della tutela cautelare penale: la carcerazione preventiva*, ed. Cedam, Milano, 1953, pp. 16.

Sobre aquesta finalitat el TC s'ha pronunciat afirmant que la presó provisional és una mesura que es justifica amb la necessitat d'assegurar el procés¹⁵, per tant, podríem entendre que es refereix tant a assegurar la presència de l'encausat durant tot el procés com a assegurar l'efectivitat de la sentència que es dicti en el futur.

1.3.2 EVITAR LA DESTRUCCIÓ PROBATÒRIA

Aquesta finalitat la trobem a l'article 503.1.3 b) LECrim. El que segons la llei ha de ser objecte de protecció és la obtenció i trasllat al procés del que es consideri que seran futures proves. L'objectiu és que l'investigat no pugui actuar sobre el material probatori de forma il·lícita. El TC en reiterades ocasions¹⁶ s'ha referit a la "obstrucció processal" o "obstrucció de la instrucció penal" per part de l'investigat¹⁷. El que pretén aquesta finalitat és evitar que l'investigat pugui actuar obstaculitzant o impossibilitant l'obtenció o pràctica de les proves mitjançant actes il·lícits com podria ser destruir empremtes, alterar documentació o intimidar testimonis perquè no declarin la veritat, entre altres.

És important remarcar que aquesta finalitat és totalment compatible amb el dret de defensa i el dret a no declarar contra un mateix i no declarar-se culpable. El fet que l'investigat opti per una actitud de "no col·laboració", no significa que estigui obstruint o ocultant proves i per tant es pugui decretar la presó provisional per aquest motiu. La llei ja ens parla d'aquesta qüestió a l'article 503.1.3 b) II LECrim: "*no procederá acordar la prisión provisional por esta causa cuando pretenda inferirse dicho peligro únicamente del ejercicio del derecho de defensa o de falta de colaboración del imputado en el curso de la investigación*".

Tot i ser una finalitat considerada legítima per la jurisprudència constitucional, hi ha autors que estan en desacord amb aquesta idea, per exemple PISAPIA considera que si s'atorga la finalitat d'evitar l'ocultació de futurs mitjans de prova a la presó provisional, es podria estar vulnerant el dret de defensa del subjecte al que se li aplica la mesura ja que, considera que per una part s'obtenen les proves en contra de l'encausat però se'l priva de poder utilitzar les proves que ell consideri oportunes per la seva defensa ja que no té una llibertat per poder buscar aquests mitjans de prova¹⁸.

La realitat és que la única mesura que podria aconseguir aquesta finalitat és la presó incomunicada, que és una modalitat de la presó provisional. La LECrim ja fa menció a

¹⁵ STC 60/2001, de 26 de febrer, FJ. 3.

¹⁶ SSTC 47/2000, de 17 de febrer, FJ. 3 a); i 207/2000, de 24 de juliol, FJ. 6.

¹⁷ Gutiérrez de Cabiedes, Pablo. *La prisión provisional*, ed. Aranzadi S.A, Navarra, 2004, pp. 101.

¹⁸ Pisapia, Gian Domenico. *Compendio di procedura penale*, ed. Cedam, Padova, 1982, pp. 262.

l'assegurament de l'èxit de la instrucció al seu article 509.1.b: “1. *El juez de instrucción o tribunal podrá acordar excepcionalmente, mediante resolución motivada, la detención o prisión incomunicadas cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: (...) b) necesidad urgente de una actuación inmediata de los jueces de instrucción para evitar comprometer de modo grave el proceso penal.*” Per tant, només reconeix la funció d'assegurar l'èxit de la instrucció i l'ocultació de futurs mitjans de prova en els casos de presó provisional incomunicada; en aquests casos s'impedeix que l'encausat es comuniqui amb l'exterior impossibilitant així que mantingui comunicació amb tercers persones mentre dura la mesura, però tal com considera GUTIÉRREZ DE CABIEDES, l'ocultació o obstaculització es pot haver portat a terme pel propi investigat o per altres persones amb anterioritat a l'ingrés al centre penitenciari.

Per tant aquesta finalitat serà legítima sempre que quedi acreditat el perill de destrucció o ocultació de proves determinades i essencials, únicament pel temps imprescindible per salvaguardar les fonts o mitjans de prova concrets, i amb estricte respecte i garantia del dret de defensa¹⁹.

1.3.3 EVITAR LA REITERACIÓ DELICTIVA

La LECrim la recull als articles 503.2 i el 503.1.3 c). L'article 503.2 LECrim diu que podrà decretar-se la presó provisional per evitar el risc que l'encausat o investigat cometi altres fets delictius. En canvi, l'article 503.1.3 c) ens diu que podrà adoptar-se la mesura cautelar per evitar que l'investigat o encausat pugui actuar contra béns jurídics de la víctima, especialment en els casos de violència en l'àmbit familiar. Per tant, els dos articles pretenen evitar la reiteració delictiva però un ho fa de forma més genèrica aspirant a la prevenció d'una futura comissió delictiva i l'altre de forma concreta ja que pretén directament la protecció de la víctima.

La finalitat d'evitar la reiteració delictiva té una naturalesa diferent de les altres dues finalitats i com a conseqüència d'aquest fet, la seva finalitat legítima, encara que acceptada, és discutida. De fet, el TC a l'enumerar les finalitats de la presó provisional parla de la “*conjuración de ciertos riesgos relevantes para el desarrollo normal del proceso o para la ejecución del fallo o, en general, para la sociedad que parten del imputado: su sustracción de la acción de la Justicia, la obstrucción de la instrucción penal y, en un plano distinto, aunque íntimamente relacionado, la reiteración delictiva*”²⁰. Altres sentències del TC més actuals, com la STC 207/2000, de 24 de juliol, FJ. 6, ja no fan aquesta distinció.

¹⁹ Gutiérrez de Cabiedes, Pablo. *La prisión provisional*, ed. Aranzadi S.A, Navarra, 2004, pp. 106.

²⁰ SSTC 128/1995, de 26 de juliol, FJ. 3; 44/1997, de 10 de març, F.5 a); 66/1997, de 7 de abril, FJ. 4 a).

El que pretén la presó provisional és prevenir la comissió de futurs delictes mentre es tramita el procés i recaigui sentència ferma. És important remarcar que el legislador no utilitza la paraula “reiteració” delictiva, sinó que diu “altres fets delictius”; la reiteració existeix sempre en base a un procés en el que ja s’ha condemnat i, en aquest cas, en el moment d’adoptar-se la presó provisional encara no s’ha condemnat pel fet delictiu, per tant, no es pot parlar de “reiteració” fins que recaigui una sentència sobre el fet.

Autors com ORTELLS RAMOS opinen que la presó provisional quan s’adopta per evitar la reiteració delictiva no respon a criteris de caràcter cautelar sinó que té el seu fonament en idees de prevenció pròpies de les mesures de seguretat i, per tant, consideren que si s’admet aquesta finalitat s’estaria atribuint la naturalesa de les mesures de seguretat a la presó provisional²¹. Altres autors com MORENO CATENA o PISAPIA, consideren que aquesta finalitat es basa en una presumpció de culpabilitat ja que la privació de llibertat de l’investigat fonamentada en que aquest pugui tornar a delinquir es fonamenta en la hipòtesis que l’investigat és culpable del delict.

1.4 CARACTERÍSTIQUES

1.4.1 JURISDICCIONALITAT

La jurisdiccionalitat implica que tota mesura cautelar s’ha d’adoptar amb intervenció judicial. El principi de l’exclusivitat de jurisdicció comporta que tal com disposa l’article 25 CE: “*La Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad.*” Per tant, per regla general seran els òrgans que integren el poder judicial en l’exercici del *ius puniendi* els encarregats d’adoptar qualsevol mesura que restringeixi la llibertat d’una persona. En el cas de la presó provisional, tal com menciona l’article 502.1 LECrim la podrà decretar “*el juez o magistrado instructor, el juez que forme las primeras diligencias, así como el juez de lo penal o tribunal que conozca de la causa.*”

1.4.2 LEGALITAT

Hem de fer referència a l’article 17.1 CE que estableix que ningú pot ser privat de la seva llibertat si no és amb atenció al que diu el propi article i en els casos i la forma previstos a la llei. Per tant, és la llei la que haurà de desenvolupar els casos i formes en que es pot portar a

²¹ Ortells Ramos, Manuel. *Para una sistematización de las medidas cautelares en el proceso penal*, RGLJ, Madrid, 1978, pp. 455.

terme aquesta privació de llibertat. Aquí és on es fa evident la màxima *nulla custodia sine lege*²².

1.4.3 INSTRUMENTALITAT

Aquesta característica es considera “instrument de l’instrument²³” ja que les mesures cautelars estan subjectes a un procés principal, és a dir, no són un fi en si mateixes. Per tant, quan es dicta una resolució cautelar sempre està dirigida a assegurar la decisió definitiva ja que l’adopció d’una mesura cautelar que no estiguis subordinada a un procés principal no tindria justificació. Resulta evident que no és possible decretar una mesura cautelar desvinculada de l’objecte d’un procés concret. Les mesures cautelars troben la seva justificació en el retràs de la tramitació dels procediments; si les sentències es dictessin de forma immediata, les mesures cautelars no tindrien sentit.

La presó provisional s’imposa sempre en virtut de l’existència d’un procés penal, per tant, és una resolució de caràcter cautelar i si el procés s’extingeix, automàticament es revoca la presó provisional.

1.4.4 PROPORCIONALITAT

Amb la presó provisional es veuen afectats drets fonamentals, per tant, abans de decretar aquesta mesura s’ha de fer un exercici de ponderació entre els drets afectats per la mesura i els béns que la seva adopció tracta de protegir amb l’objectiu d’establir un equilibri just. A l’article 503.3 LECrim pot apreciar-se aquesta característica ja que estableix que: *“El juez o tribunal tendrá en cuenta para adoptar la prisión provisional la repercusión que esta medida pueda tener en el investigado o encausado, considerando sus circunstancias y las del hecho objeto de las actuaciones, así como la entidad de la pena que pudiera ser impuesta”*. També podem considerar que es contempla a l’article 506 LECrim quan exigeix que a la interlocutòria que decreti la presó provisional s’hi expressaran els motius pels quals la mesura es considera necessària i proporcionada respecte a les finalitats que justifiquen la seva adopció.

1.4.5 EXCEPCIONALITAT

La presó provisional és una mesura excepcional ja que la regla general és la llibertat. Per tant, només podrà adoptar-se aquesta mesura quan sigui absoluta i estrictament necessària. Al nostre

²² STC 147/2000, de 29 de maig, FJ. 4.

²³ Calamandrei, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, ed. Cedam, Padova, 1936, pp. 45.

sistema la llibertat té un “paper nuclear²⁴” ja que, tal com trobem a l’article 1.1 de la CE, és un valor superior de l’OJ i també és un dret fonamental (art. 17 CE). Com a conseqüència de l’excepcionalitat regeix el principi del *favor libertatis* o de *in dubio pro libertate*. El que venen a significar aquests principis és que les normes que regulin la presó provisional han de tenir un caràcter restrictiu i a favor del dret a la llibertat. A més a més també es fa menció d’aquesta característica a l’exposició de motius de la Llei 13/2003, de la reforma de la presó provisional: l’excepcionalitat de la presó provisional significa que en el nostre ordenament jurídic la regla general ha de ser la llibertat de l’imputat o acusat durant la litispendència del procés penal i, conseqüentment, la privació de llibertat n’ha de ser l’excepció.

1.4.6 PROVISIONALITAT

Les resolucions cautelars no són definitives i, per tant, no poden estendre’s més enllà de la vigència del procés. La presó provisional no només s’extingeix amb una sentència, sinó que també pot extinguir-se amb una interlocutòria de sobreseïment ja sigui lliure o provisional; per tant pot aixecar-se la mesura provisional posant en llibertat al subjecte o es pot transformar en la pena.

En aquest punt és important realitzar una matisació ja que provisionalitat no és el mateix que temporalitat: tal com ens diu CALAMANDREI “*provisionalidad no es equivalente a temporalidad, ya que la primera implica la supeditación de la vigencia de la medida a la concurrencia de un determinado evento, mientras que la temporalidad supone que la misma no dura siempre, es decir, que puede revocarse con independencia de que sobrevenga un hecho concreto*”²⁵. Pel que fa a la presó provisional, la provisionalitat s’ha combinar amb la temporalitat.

1.4.7 VARIABILITAT: *REBUS SIC STANTIBUS*

La presó provisional depèn de la subsistència o invariabilitat de les raons o motius que van constituir la base de la seva adopció sempre en un procés determinat. La modificació o extinció de les raons o motius que serveixen de base per decretar la presó provisional també implica la modificació o extinció de la mateixa.

Per tant, la regla *rebus sic stantibus* en el cas de la presó provisional està relacionada amb els pressupòsits del *periculum in mora* i del *fumus boni iuris* que determinen l’acord de presó

²⁴ Gutiérrez de Cabiedes, Pablo. *La prisión provisional*, ed. Aranzadi S.A, Navarra, 2004, pp. 73.

²⁵ Calamandrei, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, ed. Cedam, Padova, 1936, pp. 10.

provisional; si aquests pressupòsits varien, ja sigui perquè desapareixen o es modifiquen, també haurà de variar la presó provisional encara que el procés segueixi el seu curs.

En el cas que la presó provisional s'extingís perquè s'arriba a la convicció que l'investigat és innocent no estariem davant l'operativitat de la regla *rebus sic stantibus*, sinó que en aquest cas ens trobaríem davant la provisionalitat de les mesures cautelars ja que el procés acabaria amb una sentència absolutòria o una interlocutòria de sobreseïment lliure.

La regla *rebus sic stantibus* depèn exclusivament del criteri del jutge ja que és ell el que valorant els elements dels articles 503 i 504 LECrim haurà de decidir si es modifica o no la mesura cautelar. Cal recordar que tal com trobem a l'article 539 LECrim, la situació personal del subjecte es podrà modificar durant tota la causa. Aquest article ha rebut nombroses crítiques ja que resulta evident el massiu volum de treball dels òrgans jurisdiccionals com per poder realitzar revisions periòdiques de les causes.

1.4.8 MOTIVACIÓ

Les decisions que adoptin o mantinguin la mesura cautelar de presó provisional hauran d'expressar-se en una resolució judicial motivada i així ho ha posat de manifest el TC en reiterades ocasions²⁶. El seu fonament el trobem en el rang fonamental en el que es troba el dret a la llibertat, que és el dret que es veu afectat quan es decreta la presó provisional.

A la resolució judicial hauran d'expressar-se els motius que legitimen la presó provisional perquè es pugui dur a terme una defensa i contradicció processal. També s'hauran de comprovar els pressupòsits i requisits que consten a la resolució. Tal com diu el TC a la sentència 47/2000, de 17 de febrer, FJ.7: “*se persigue, como fin, hacer posible el debate y comprobación de la legalidad y racionalidad de la restricción acordada*”.

La jurisprudència europea indica que el tribunal que decreti la presó provisional ha de justificar perquè adopta aquesta mesura i, per tant, la falta de motivació de les resolucions que decreten la presó provisional és contrària al dret europeu²⁷.

²⁶ SSTC 47/2000, de 17 de febrer; 94/2001, de 2 d'abril i 23/2002, de 28 de gener FJ. 3 b).

²⁷ SSTEDH de 24 de juliol de 2003, cas Smirnova c. Rússia i de 16 de desembre de 2014, cas Buzadj c. Moldòvia.

1.4.9 TEMPORALITAT

L'article 17.4 de la CE ens diu que per llei es determinarà el termini màxim de la presó provisional. La temporalitat és la única característica de la presó provisional a la que fa referència el text constitucional.

La LECrim també fa referència a aquesta temporalitat a l'article 504.1: "*La prisión provisional durará el tiempo imprescindible para alcanzar cualquiera de los fines previstos en el artículo anterior y en tanto subsistan los motivos que justificaron su adopción*".

Els principis de proporcionalitat i excepcionalitat són el fonament que limita la durada de la presó provisional. Aquesta durada és una limitació màxima, tal com estableix la llei.

2. PRESSUPÒSITS: FUMUS BONI IURIS I PERICULUM IN MORA

Només es poden imposar mesures cautelars quan en el procés concret es trobi una justificació per adoptar-les. Per tant, el jutge per decretar l'adopció d'una mesura cautelar ha d'apreciar el seu fonament en el procés concret davant el qual es troba, tal com indica PUJADAS TORTOSA²⁸. D'acord amb la doctrina i la jurisprudència, el *fumus boni iuris* i el *periculum in mora* són els dos pressupòsits que s'exigeixen per poder adoptar la presó provisional i, en definitiva, una mesura cautelar. Aquests pressupòsits han de ser verificats per l'òrgan jurisdiccional abans de decretar qualsevol mesura cautelar²⁹.

2.1 FUMUS BONI IURIS

Per poder decretar la presó provisional s'exigeix el *fumus boni iuris* que no és més que l'aparença de bon dret. Aquest pressupòsit es compleix quan hi ha suficients elements per atribuir, de forma raonada i fonamentada, la comissió del delictes a l'encausat o investigat. És a dir, la presó provisional no es pot fonamentar en una sospita, sinó que es requereix una creença raonable.

Per poder adoptar qualsevol mesura cautelar, és necessari que hi hagi constància d'un fet delictiu i així consta a l'article 503.1.1 LECrim: "*Que conste en la causa la existencia de uno o varios hechos que presenten caracteres de delito (...)*". La mateixa idea la trobem des d'una perspectiva negativa a l'article 502.4 LECrim: "*No se adoptará en ningún caso la prisión*".

²⁸ Pujadas Tortosa, Virginia. *Teoría general de medidas cautelares penales: Peligrosidad del imputado y protección del procesado*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 109.

²⁹ Damián Moreno, Juan. La prisión provisional en el marco del sistema de la tutela cautelar penal, en Dorrego de Carlos, Alberto. *Régimen jurídico de la prisión provisional*, ed. Sepín, Pozuelo de Alarcón, Madrid, 2004, pp. 98.

provisional cuando de las investigaciones practicadas se infiera racionalmente que el hecho no es constitutivo de delito o que el mismo se cometió concurriendo una causa de justificación.”

Aquest pressupòsit també consisteix en què es cregui responsable criminalment a l'encausat o investigat. Tal com diu AGUILERA DE PAZ “*se exigen unos elementos que puedan servir de base y fundamento a un raciocinio por virtud del cual se le considere criminalmente responsable del delito...*”³⁰, per tant, no és suficient una sospita, sinó que tal com ens diu l'article 503.1.2 LECrim, hi ha d'haver motius suficients: “*Que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión.*”

2.2 PERICULUM IN MORA

El *periculum in mora* ve representat pel perill de fuga de l'investigat o encausat; si durant la instrucció d'un procés l'investigat o encausat es fuga, s'impossibilita l'execució d'una futura sentència. Al nostre procés penal la regla general és la prohibició de celebrar el judici oral si el processat es troba en rebel·lia³¹, per tant és necessari assegurar que la persona investigada acudirà al judici oral i que no impedirà el normal desenvolupament del procés.

A) LÍMIT PENOLÒGIC

Per considerar que existeix un *periculum in mora* s'ha de tenir en compte la gravetat de la pena atribuïble al fet delictiu. Aquest fet delictiu ha de tenir atribuïda una pena privativa de llibertat i, com a regla general “*cuyo máximo sea igual o superior a dos años*” tal com ens indica l'article 503.1.1 LECrim. A aquesta regla general s'hi ha d'afegir les excepcions que trobem tant al mateix article 503.1.1 (antecedents penals), com al 503.1.3 lletra a) (existència de dos requisitòries), lletra c) (protecció de la víctima, en especial de la violència en l'àmbit familiar), i l'article 503.2 (prevenció de la delinqüència habitual o organitzada)³².

B) RISC DE FUGA

Es pretén evitar el risc de fuga ja que una de les finalitats de la presó provisional és garantir la presència de l'investigat o encausat durant la pendència del procés penal. Aquest risc de fuga s'ha de basar en fets. En alguns casos els fets actuen com indicis que poden denotar el risc de fuga i aquests són: la gravetat de la pena, les circumstàncies personals de l'investigat o encausat

³⁰ Aguilera de Paz, Enrique. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, ed. Reus, Madrid, 1924, pp. 202.

³¹ Art. 841 LECrim “Si al ser declarado en rebeldía el procesado se hallare pendiente el juicio oral, se suspenderá éste y se archivarán los autos.”

³² Gutiérrez de Cabiedes, Pablo, *La prisión provisional*, ed. Aranzadi S.A, Navarra, 2004, pp. 135.

(la situació familiar, laboral, patrimonial), els antecedents, els contactes, mitjans econòmics, etc. En altres casos aquests fets poden servir com a base de la presumpció de l'existència d'aquest risc de fuga (incompareixença, fuga intentada o consumada). Cal indicar que jutges i fiscals consideren que el risc de fuga es veu minorat quan l'investigat o encausat té un cert arrelament i, en aquest sentit, el TEDH³³ ha establert que la falta de domicili fix no és motiu per apreciar el risc de fuga i decretar la presó provisional.

C) RISC DE DESTRUCCIÓ PROBATÒRIA

El perill de destrucció probatòria ha de ser cert, actual i rellevant i així ha de constar a la resolució que decreta la presó provisional. Per determinar si existeix aquest risc s'han d'examinar determinades circumstàncies que fan referència al subjecte investigat, les seves característiques personals i la seva conducta.

D) RISC DE REITERACIÓ DELICTIVA

Aquesta reiteració delictiva només es dona quan el futur fet delictiu que l'investigat o encausat pogués cometre fos homogeni amb el que se li imputa al procés. Segons GUTIÉRREZ DE CABIEDES s'hauria d'exigir que el delictes del qual es predica el risc fos de la mateixa naturalesa que el delictes imputat i que l'actuació delictiva fos del mateix mode dolós.

3. MODALITATS DE LA PRESÓ PROVISIONAL

La mesura cautelar que consisteix en la presó provisional té tres formes de compliment: comunicada, incomunicada i atenuada.

3.1 PRESÓ PROVISIONAL COMUNICADA

La presó provisional, segons l'article 520.1 LECrim, haurà de practicar-se de la forma que causi menys perjudici al pres en la seva persona, reputació i patrimoni. Per tant, la regla general és que la presó provisional sigui comunicada. Al capítol "Drets i Llibertats" de la CE podríem trobar indirectament un fonament al dret de comunicació per exemple el dret a comunicar o rebre lliurement informació veraç per qualsevol mitjà de difusió (art. 20.1. a) CE) i el dret a expressar i difondre lliurement pensaments, idees i opinions mitjançant la paraula, l'escrit o qualsevol altre mitjà de difusió (art. 20.1. d) CE)³⁴.

³³ SSTEDH de 27 d'agost de 1992, cas Tomasi c. França i de 15 de febrer de 2005, cas Sulaoja c. Estònia.

³⁴ Barona Vilar, Silvia. *Prisión provisional y medidas alternativas*, ed. Llibreria Bosch, Barcelona, 1987, pp. 74.

Amb la modalitat de presó provisional comunicada el pres pot beneficiar-se de tots els drets que el legislador amb caràcter general estableix a la LECrim per la presó provisional: dret a ser informat sobre les raons de la seva privació de llibertat, dret a no declarar contra si mateix i no confessar-se culpable³⁵, dret a l'assistència lletrada, dret a ser assistit de forma gratuïta per un intèrpret si és necessari, dret a ser reconegut per un metge forense o qualsevol altre metge, dret a posar en coneixement d'un familiar o un tercer el fet de la seva privació de llibertat i el lloc on es troba. També té dret a gaudir de tots els drets propis de règim penitenciari comú, com per exemple tenir totes les comoditats o ocupacions compatibles amb la reglamentació penitenciària (art. 522 LECrim; arts. 55 a 58 Llei Orgànica General Penitenciària (d'ara endavant LOGP) i arts. 118 i següents Reglament Penitenciari (d'ara endavant RP)] i ser visitat i mantenir correspondència i comunicació oral i escrita.

3.2 PRESÓ PROVISIONAL INCOMUNICADA

La presó provisional incomunicada es decreta quan concorren una sèrie de circumstàncies que porten al jutgador a considerar que si l'investigat es troba en llibertat d'acció, és a dir, en presó provisional comunicada, pot comprometre de forma greu el procés penal o pot dur a terme accions que posin en perill la vida, llibertat o integritat física d'una persona³⁶. Per tant, tal com assenyala l'article 509 LECrim, la modalitat de presó provisional incomunicada té caràcter excepcional, essent, com ja he dit, la modalitat comunicada la regla general. Resulta evident que amb aquesta modalitat no es pretén tant l'assegurament de la persona investigada, que ja es compleix amb la presó provisional, sinó que va més enllà, i el que pretén és assegurar les fonts de prova per assegurar la investigació, el procés i l'actuació de la justícia.

En qualsevol cas, la interlocutòria que determini la incomunicació haurà de contenir els motius pels quals és adoptada aquesta mesura (art. 509.3 LECrim).

Tal com disposa l'article 509.2 LECrim respecte la durada de la incomunicació: *“durará el tiempo estrictamente necesario para practicar con urgencia diligencias tendentes a evitar los peligros a que se refiere el apartado anterior”*³⁷. *La incomunicación no podrá extenderse más allá de cinco días. En los casos en que la prisión se acuerde en causa por alguno de los delitos*

³⁵ Dret garantit també a l'article 7 de la Directiva (UE) 2016/343 del Parlament Europeu i del Consell de 9 de març de 2016 per la qual es reforcen en el procés penal determinats aspectes de la presumpció d'innocència i el dret a estar present en el judici.

³⁶ Vid. Art. 509.1 LECrim.

³⁷ Es refereix a la necessitat urgent d'evitar greus conseqüències que puguin posar en perill la vida, la llibertat o al integritat física d'una persona o la necessitat urgent d'una actuació immediata dels jutges d'instrucció per evitar comprometre de mode greu el procés penal.

a que se refiere el artículo 384 bis³⁸ u otros delitos cometidos concertadamente y de forma organizada por dos o más personas, la incomunicación podrá prorrogarse por otro plazo no superior a cinco días.”

La incomunicació constitueix una restricció o modificació dels drets que té un pres preventiu de règim comú, i, per tant, si ho justifiquen les circumstàncies del cas:

- a) L'incomunicat podrà assistir amb les precaucions degudes a les diligències que la LECrim li permeti intervenir quan la seva presència no pugui desvirtuar l'objecte de la investigació (art. 510.1 LECrim).
- b) Al pres se li permetrà comptar amb els efectes personals que ell es proporioni, sempre i quan, a judici del jutge o tribunal no frustrin les finalitats de la incomunicació (art. 510.2 LECrim).
- c) El pres no podrà realitzar ni rebre comunicació alguna, no obstant el jutge o tribunal podrà autoritzar comunicacions que no frustrin la finalitat de la presó incomunicada i adoptarà, en el seu cas, les mesures oportunes per garantir la finalitat de la mesura (art. 510.3 LECrim).
- d) El pres sotmès a incomunicació que ho sol·liciti, tindrà dret a ser reconegut per un segon metge forense designat pel jutge o tribunal competent per conèixer dels fets (art. 510.4 LECrim). Aquest dret és introduït per la LO 15/2003, de 25 de novembre, i suposa una garantia a la seguretat i integritat física de l'investigat i també una garantia de seguretat jurídica i de la reputació personal i professional dels que tenen a càrrec al pres, ja que es podria donar l'eventual circumstància d'acusacions falses contra aquests professionals³⁹.
- e) L'advocat del pres preventiu incomunicat serà designat d'ofici (527.1 a) LECrim). Aquesta mesura ha sigut aprovada pel TC, i encara que suposa una restricció al règim ordinari del dret de defensa, considera que es compleix l'exigència de proporcionalitat i, per tant, no és contrari a l'article 17.3 CE.
- f) El pres no tindrà dret a entrevistar-se de forma reservada amb l'advocat (art. 527.1 c) LECrim).

Segons l'article 19 RP, si la incomunicació ve determinada a la interlocutòria d'ingrés a presó, el pres ocuparà una cel·la individual al departament que li sigui establert pel director del centre penitenciari. A més, només serà reconegut pel metge i funcionaris encarregats del departament i només podrà comunicar-se amb persones que tinguin expressa autorització per part del jutge. Si l'ordre d'incomunicació no especifica res al respecte, el director del centre penitenciari podrà

³⁸ Delictes comesos per bandes armades o per individus terroristes o rebels.

³⁹ Gutiérrez de Cabiedes, Pablo. *La prisión provisional*, ed. Aranzadi S.A, Navarra, 2004, pp. 191.

demanar una autorització al jutge d'instrucció perquè l'intern pugui disposar d'una ràdio o televisió, premsa escrita o rebre correspondència.

3.3 ALTRES POSSIBLES MODALITATS: PRESÓ PROVISIONAL ATENUADA

La presó provisional atenuada va tenir el seu origen al Codi de Justícia Militar de 1890 (d'ara endavant CJM), on es deixava al lliure arbitri del jutge els casos en què es podia decretar aquesta mesura. Aquesta institució es va pretendre incorporar a la LECrim per la Llei de 10 de setembre de 1931 però la realitat és que no es va incorporar formalment ja que s'ordenava la seva incorporació però no se'ls hi assignava número d'article per fer la incorporació ni tampoc s'establia que s'incorporés a un article ja existent, malgrat això, la presó provisional atenuada era aplicable en qualsevol moment⁴⁰.

Amb la Llei 16/1980, de 22 d'abril, sobre modificació de los articles 503, 504 y 505 de la Llei d'Enjudiciament Criminal en matèria de presó provisional, el legislador va incloure a l'article 505 LECrim (actual art. 508) la possibilitat de que l'òrgan jurisdiccional pogués determinar que l'investigat complís la presó provisional al seu domicili sempre que tingués una malaltia greu⁴¹. Com que aquesta llei de 1980 no derogava la de 1931, durant molts anys es va entendre que la presó provisional atenuada es podia decretar en tots els casos en què el jutge ho determinés, i que aquesta nova llei de 1980 no feia més que reiterar el que ja s'havia establert al 1931.

Posteriorment la LO 13/2003 a la seva exposició de motius establia que *“en lo que respecta a las modalidades de la prisión provisional, se mantiene, de un lado, la tradicional prisión atenuada”*. Per tant aquesta llei sembla ser que considerava que es tractava d'una modalitat de la presó provisional, però si l'exposició de motius establia això, el mateix articulat no la contemplava sinó que contemplava l'arrest domiciliari i no semblava que fos precisament una modalitat de la presó provisional sinó més aviat una mesura alternativa⁴² ja que exposava que el jutge o tribunal podia substituir la presó provisional per l'arrest domiciliari.

A la LO 15/2003 es modifica aquest article, que és com es troba actualment i s'estableix que la mesura de presó provisional es pot verificar al domicili si ho acorda el jutge o tribunal. Per tant sembla ser que al modificar l'article el legislador l'adapta a l'exposició de motius i contempla la presó provisional atenuada com una modalitat de la presó provisional però la realitat és que malgrat aquesta intenció del legislador al segon apartat de l'article ens exposa que es preveu la substitució de la mesura de presó provisional per l'ingrés a un centre de desintoxicació o deshabitació de substàncies estupefaents.

⁴⁰ Asencio Mellado, José María. *La prisión provisional*, ed. Civitas S.A, Madrid, 1987, pp. 201.

⁴¹ Asencio Mellado, José María. *La prisión provisional*, ed. Civitas S.A, Madrid, 1987, pp. 201.

⁴² Gutiérrez de Cabiedes, Pablo. *La prisión provisional*, ed. Arazandi S.A, Navarra, 2004, pp. 201.

Per tant i com acabem de veure, la presó provisional atenuada sempre s'ha trobat entre mesura alternativa o modalitat de la presó provisional, i encara que actualment sembla que el legislador, per aquesta última modificació la considera una modalitat de la presó provisional com hem vist no sempre ha estat així i la doctrina també s'ha posicionat. A títol d'exemple MARTÍN RÍOS⁴³ considera la presó provisional atenuada com una modalitat de la presó provisional i, en canvi, PASTOR MOTTA o GUITÉRREZ DE CABIEDES consideren que es tracta d'una mesura alternativa a la presó provisional al·legant que no pot considerar-se del gènere de la presó ja que no es compleix al centre penitenciari, i aquest és l'element bàsic de la presó. A més, el segon autor considera que es tracta d'una mesura cautelar, diferent i alternativa a la presó provisional ja que exposa que no es tracta d'una mesura de privació de llibertat, sinó més aviat de restricció d'aquesta llibertat⁴⁴.

A) PRESÓ PROVISIONAL DOMICILIÀRIA

La característica d'aquesta modalitat és que es compleix fora del centre penitenciari, i actualment es coneix com "arrest domiciliari".

La llei fa referència a aquesta modalitat a l'article 508.1 LECrim. La causa que podrà portar a l'adopció d'aquesta mesura és quan, per raó de malaltia, l'internament a un centre penitenciari pugui causar un greu perill per la salut de l'intern⁴⁵, el que significa que no en tots els casos de malaltia es pot adoptar aquesta mesura, sinó només en els casos en que es causi aquest greu perill per la salut. En aquest cas, es verificarà la mesura al domicili de l'investigat i s'hauran d'utilitzar les mesures de vigilància necessàries.

Estableix la LECrim que el jutge o tribunal podrà autoritzar que l'investigat surti del seu domicili durant les hores necessàries pel tractament de la seva malaltia, sempre amb la vigilància precisa. Això significa que tant l'estància al domicili com les sortides que es puguin fer d'aquest, es trobaran sempre sota control policial i evidentment judicial. El que fa la policia en aquests casos és visitar el domicili de la persona sobre la qual recau la mesura per comprovar que l'està complint.

Per tant la mesura atenuada s'ha de complir al domicili (lloc on viu habitualment l'investigat) en el cas de malaltia i l'investigat només podrà sortir del domicili per tractar aquesta malaltia;

⁴³ Martín Ríos, María del Pilar. *Medidas cautelares personales*, ed. Juruá, Lisboa, 2016, pp. 167.

⁴⁴ Gutiérrez de Cabiedes, Pablo. *La prisión provisional*, ed. Arazandi S.A, Navarra, 2004, pp. 200.

⁴⁵ Jorge Barreiro, Alberto. *La prisión provisional en la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, VVAA, *Detención y prisión provisional*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1996, pp. 73 i 74.

GUTIÉRREZ DE CABIEDES considera que aquesta mesura és molt restrictiva ja que per exigències de proporcionalitat també podria veure's justificat que l'investigat pogués sortir del seu domicili per altres raons com per exemple motius laborals, professionals o inclús per gestionar la seva defensa.

B) CUSTÒDIA CAUTELAR A UN CENTRE DE DESINTOXICACIÓ O DESHABITUACIÓ DE SUBSTÀNCIES ESTUPEFAENTS

A l'article 508.2 trobem la segona causa per adoptar la presó provisional atenuada i és quan l'entrada al centre penitenciari pugui frustrar el tractament de l'investigat que es trobi en un procés de desintoxicació o deshabituació de substàncies estupefaents. En aquest cas la mesura de presó provisional podrà ser substituïda per un ingrés a un centre oficial o a un centre d'una organització legalment reconeguda per continuar el tractament, sempre que els fets objecte del procediment siguin anteriors a l'inici del tractament. En aquest cas l'investigat no podrà sortir del centre sense l'autorització del jutge o tribunal que hagués acordat la mesura.

De l'article mencionat extraïem determinades circumstàncies perquè l'investigat pugui complir la mesura cautelar a un centre de desintoxicació o deshabituació: s'ha d'estar en tractament de desintoxicació d'una addició real ja des d'abans que es decreti la mesura cautelar, que l'ingrés a un centre penitenciari pogués debilitar l'eficàcia de la desintoxicació, i que els fets investigats siguin anteriors a l'inici del tractament de desintoxicació.

Aquesta mesura com ja he dit es complirà a un centre oficial o un centre d'una organització legalment reconeguda i, en aquest cas, serà cada Comunitat Autònoma la que determinarà quins són aquests centres no oficials. L'article no fa menció sobre la vigilància a la que hauran d'estar sotmesos els investigats que compleixin la mesura en un d'aquests centres, però s'entén que qualsevol sortida haurà de ser autoritzada pel jutge.

4. PROCEDIMENT

4.1 COMPETÈNCIA

Tal com consta a l'article 502.1 LECrim podrà decretar la presó provisional el jutge o magistrat instructor, el jutge que formi les primeres diligències, així com el jutge d'allò penal o tribunal que conegui de la causa. Per tant, segons la fase del procés en la que ens trobem decidirà un òrgan o un altre. Hem de recordar que, d'acord amb l'article 8 LECrim, es tracta d'una competència improrrogable.

Tal com assenyala la professora ARMENTA DEU⁴⁶, a la regla de l'article 502.1 LECrim, cal afegir-hi dos casos concrets en relació als recursos. En el primer, és possible que el jutge superior del jutge d'instrucció sigui competent per dictar la resolució de presó sempre que el primer estimi el recurs contra la decisió del jutge d'instrucció de no acordar la presó provisional. En el segon, la competència correspondria a l'òrgan que dicti la sentència definitiva quan aquesta sigui recorreguda i s'acordi la pròrroga de la mesura mentre està pendent de resoldre el corresponent recurs d'apel·lació o cassació.

4.2 NECESSITAT D'INSTÀNCIA DE PART I AUDIÈNCIA PRÈVIA

El procediment per adoptar la mesura cautelar consistent en presó provisional té el seu eix en dos principis. En primer lloc la necessitat d'instància de part ja que la mesura només podrà decretar-se si aquesta és demanada per alguna de les parts acusadores i, en segon lloc, la necessitat de celebrar una audiència en la que les parts hauran de presentar les proves i al·legacions que considerin oportunes per tal de demostrar la procedència de la mesura⁴⁷. Tampoc s'ha d'oblidar que les mesures cautelars es tramiten en peça separada.

Fins l'any 1995 els òrgans jurisdiccionals podien adoptar d'ofici les mesures cautelars; és amb la LO 5/1995, i posteriorment amb les lleis 3/2003 i 15/2003 que es va introduir la novetat que el Ministeri Fiscal o una altra part acusadora ha de ser la que sol·liciti que es decreti la mesura cautelar. Així doncs, que es pugui decretar o no aquesta mesura, depèn de que alguna de les parts acusadores la sol·liciti ja que regeix el principi acusatori. A l'article 505.4 LECrim s'estableix que si bé és el jutge o tribunal el que decidirà sobre si procedeix o no decretar la presó o la imposició de la fiança, si cap de les parts acusadores sol·licita la mesura, aquest jutge o tribunal necessàriament haurà de posar en llibertat a l'investigat o encausat. Per tant, tal com senyala GUTIERREZ DE CABIEDES: *“la petición de parte no vincula al juez para la adopción de la medida (que deberá basarse en la apreciación de sus presupuestos), pero si vincula -impidiéndola- la falta de petición”*.

Si es tracta de modificar la situació personal de l'investigat per millorar-la ja sigui perquè es decreta la posada en llibertat o es modifica la presó provisional essent aquesta més favorable, el jutge o tribunal podrà acordar-la sense aquesta necessitat d'instància de part (art. 539.V LECrim).

⁴⁶ Armenta Deu, Teresa. *Lecciones de Derecho procesal penal*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2015, pp. 226.

⁴⁷ Gutiérrez de Cabiedes, Pablo. *La prisión provisional*, ed. Aranzadi S.A, Navarra, 2004, pp. 216.

El manteniment o no de la mesura cautelar està condicionat al parer de les parts acusadores. És a dir, si bé perquè el jutge pugui acordar la presó provisional en principi hi ha d'haver la sol·licitud per alguna de les parts acusadores, perquè aquesta mesura es mantingui aquestes parts acusadores han de mantenir el seu parer. S'ha de considerar que en cas que les parts acusadores facin una petició sobre que s'ha de dur a terme una millora en la situació personal de l'investigat o encausat o inclús la seva llibertat, el jutge quedarà vinculat a aquesta petició.

L'audiència prèvia es convoca sempre que s'hagi d'acordar una mesura cautelar que no sigui la llibertat provisional sense fiança, ja que tant en aquest cas com en el de la llibertat plena de l'investigat no és necessari que el jutge realitzi aquest tràmit. Aquesta audiència prèvia es donarà quan el jutge consideri que pot procedir la mesura cautelar, en aquest cas la presó provisional. Resulta lògic, doncs, que el jutge pugui desestimar la petició de les parts sobre celebrar una compareixença si considera que no hi ha hagut modificacions en les circumstàncies rellevants de la causa, ja que d'altra forma es podria donar la situació que les parts demanessin la celebració de compareixences contínuament i d'aquesta forma es dificultés el normal desenvolupament de la causa⁴⁸.

Hi ha casos en els que no hi ha una causa penal oberta i, per tant, pot ser que el detingut es posi a disposició d'un jutge que no és el competent per conèixer de la causa. En aquests casos el jutge, tal com consta a l'article 505.6 LECrim, sempre que en el termini de setanta dos hores no pugui posar al detingut a disposició del jutge que hagués de conèixer la causa, practicarà les primeres diligències i resoldrà sobre la situació personal del detingut per posteriorment inhibir-se a favor del jutge competent. Per tant, pot resoldre sobre la presó provisional un jutge que no sigui el competent per conèixer de la causa, però sempre s'haurà de portar a terme una audiència prèvia. El jutge competent, una vegada hagi rebut les diligències i hagi escoltat a l'investigat o encausat assistit del seu advocat, podrà adoptar, modificar o alçar la mesura que el jutge d'instrucció hagi decretat.

Assenyalar que amb la Llei 13/2003, de 24 d'octubre, es va introduir la possibilitat d'utilitzar a l'audiència prèvia una videoconferència o un sistema similar com a mitjà de comunicació (art. 306 LECrim respecte del Fiscal i art. 325 LECrim respecte l'investigat, testimonis i pèrit).

L'article 505.3 LECrim indica que a l'audiència prèvia, si el Ministeri Fiscal o una altra part acusadora sol·licita que es decreti la presó provisional de l'investigat o encausat, podrà realitzar al·legacions i proposar els mitjans de prova que puguin practicar-se a l'acte o dins el termini de

⁴⁸ Vid. Circular 2/1995, de 22 de novembre, sobre nou règim processal de la presó preventiva.

setanta dos hores. Per tant, d'aquest article extraïem que l'audiència prèvia té com a finalitat decretar o no la presó provisional i perquè el jutge pugui arribar a una conclusió, les parts han d'al·legar i acreditar la procedència de la mesura, i es podran proposar mitjans de prova sempre que puguin practicar-se o bé a l'acte o en el termini de setanta dos hores de la posada a disposició judicial del detingut⁴⁹.

Per últim és important fer menció de l'article 505.5 LECrim i és que aquest ens diu que si l'audiència no pogués celebrar-se, sempre que concorrin els pressupòsits⁵⁰ de l'article 503 LECrim, el jutge o tribunal podrà acordar la presó provisional. Però dins les següents setanta dos hores haurà de convocar una nova audiència adoptant les mesures necessàries per la falta de celebració de la primera audiència. Per tant, en aquest cas, ens trobaríem davant un supòsit de caràcter excepcional.

Tal com indiquen els articles 519, 544 i 763 LECrim, totes les actuacions processals que tractin sobre l'adopció, manteniment, substitució o modificació de la presó provisional hauran de substanciar-se en una peça separada. Però això no és obstacle per què algunes diligències que es practiquen al procés principal es puguin portar a la peça separada mitjançant el corresponent testimoni, per tant no és necessari que es tornin a reproduir a aquesta peça.

Poden practicar-se proves amb la única finalitat d'acreditar o no la presó provisional i que per força s'hauran de substanciar a una peça separada; però també poden practicar-se proves que tinguin valor als efectes de l'objecte principal i als efectes de l'objecte cautelar (incident en algun dels pressupòsits de la presó provisional). Per tant, si les diligències s'han documentat a la peça principal, perfectament es poden traslladar a la situació personal. Per exemple si un testimoni ha declarat a la vista o a una diligència d'investigació no ha de tornar a declarar a la compareixença prèvia a la resolució cautelar, o al revés, si ha declarat a l'audiència per decidir sobre la presó provisional no ha de tornar a fer-ho per decidir sobre la causa.

4.3 RESOLUCIÓ DE LA PRESÓ PROVISIONAL I RECURSOS

Quan ja s'hagi celebrat l'audiència prèvia, el jutge haurà de dictar una resolució per adoptar o prolongar la presó provisional. Evidentment, aquesta resolució haurà de ser motivada i així consta a l'article 506.1 LECrim quan expressa que la interlocutòria que acordi la presó provisional o disposi la seva prolongació *expressarà els motius* pels quals la mesura es considera necessària i proporcionada respecte dels fins que justifiquen la seva adopció.

⁴⁹ Gutiérrez de Cabiedes, Pablo. *La prisión provisional*, ed. Aranzadi S.A, Navarra, 2004, pp. 225.

⁵⁰ Vid. Punt 2.

Respecte la resolució que decreta la presó provisional, tal com senyala GUTIERREZ DE CABIEDES, existeix un *cànon reforçat* de motivació que condiona la legitimitat constitucional de la resolució ja que afecta tant a l'article 24 CE com al 17 CE. Per tant, el nivell de motivació exigit en aquest cas és superior al que es pot requerir amb caràcter general com a garantia inherent al dret a la tutela judicial efectiva. En el mateix sentit, el TC ha senyalat que el dret a la tutela judicial efectiva és diferent de l'exigència constitucional de motivació de les resolucions limitatives dels drets fonamentals; per tant, l'òrgan judicial ha de complir amb el deure de motivació, ja que l'incompliment d'aquest suposaria una infracció del dret fonamental a la llibertat⁵¹.

Aquesta interlocutòria que resol sobre la presó provisional haurà de ser notificada a l'investigat o encausat i a les altres parts personades, com també als que hagin sigut directament ofesos o perjudicats pel delictes (art. 506.3 LECrim).

En el cas que s'hagués decretat el secret de sumari, la notificació de la resolució haurà de contenir una motivació essencial sobre la mateixa, sobre el fet investigat i sobre la finalitat que dona resposta a la mesura. Però en el precís moment en què s'alci el secret de sumari s'haurà de notificar la resolució íntegra a l'investigat (art. 506.2 LECrim).

Aquesta interlocutòria que decreta la presó provisional ha de ser executada, i perquè aquesta execució pugui portar-se a terme la LECrim al seu article 511.1 estableix que s'expedirà un manament a la Policia Judicial o agent judicial que hagi d'executar-lo, i un altre al director del centre penitenciari que hagi de rebre al pres. A aquest manament hi constaran les dades personals de l'investigat (nom, cognoms, domicili...), el delictes que ha donat lloc al procediment i si la presó ha de ser comunicada o incomunicada. En el cas que l'investigat no es trobi al seu domicili i no es tingui coneixement d'on es troba, el jutge haurà d'acordar que es busqui per requisitòries que s'enviaran als jutges d'instrucció el territori dels quals es sospiti que pot trobar-se l'investigat. Sense oblidar que aquestes requisitòries seran publicades al Butlletí Oficial de l'Estat i al Diari Oficial de la Comunitat Autònoma respectiva⁵². És important remarcar que en cap cas el director del centre penitenciari pot rebre cap pres sense que se li entregui el manament de presó (art. 511.2 LECrim).

Pel que fa als recursos, la legitimació per recórrer la tenen totes les parts (actives i passives) personades al procediment i, tal com senyala l'article 507 LECrim, contra la interlocutòria que decreti, prorrogui o denegui la presó provisional o acordi la llibertat de l'investigat es podrà

⁵¹ SSTC 128/1995 i 62/1996.

⁵² Martín Ríos, María del Pilar. *Medidas cautelares personales*, ed. Juruá, Lisboa, 2016, pp. 156.

interposar un recurs d'apel·lació en els termes que estableix l'article 766 LECrim, que es tramitarà de forma preferent. El termini màxim per resoldre aquest recurs és de trenta dies. L'article segueix dient que quan la interlocutòria no s'hagués notificat de forma íntegra a l'investigat, quan aquesta li sigui notificada la podrà recórrer.

L'article 766 LECrim estableix que el recurs d'apel·lació podrà interposar-se subsidiàriament amb el de reforma o per separat i en cap cas serà necessari interposar prèviament el de reforma per presentar el d'apel·lació. Excepte que la llei disposi una altra cosa, ni el recurs d'apel·lació ni el de reforma suspendran el curs del procediment, tal com consta a l'article 766.1 LECrim.

Tal com assenyala l'article 53.2 CE, els drets reconeguts als articles 14 a 29 i 30.2 CE són tutelats pels tribunals ordinaris i també pel recurs d'empara davant el TC. Per tant, si dels tribunals ordinaris no s'obté la reparació dels drets vulnerats, es pot acudir a la via d'empara.

5. DURADA DE LA PRESÓ PROVISIONAL

A l'article 5.3 del Conveni Europeu de Drets Humans (d'ara endavant CEDH) s'exposa que tota persona detinguda preventivament té dret a ser jutjada en un termini raonable. El termini raonable pot ser inferior al termini legalment fixat ja que es tracta d'una manifestació de l'exigència de proporcionalitat en el sentit que les mesures s'han de mantenir només pel temps estrictament necessari.

Hem de recordar que la CE fa referència a la presó provisional al seu article 17.4 establint que el termini màxim de durada de la presó provisional es determinarà per llei.

En el mateix sentit, l'article 504.1 LECrim estableix que la presó provisional durarà el temps imprescindible per assolir qualsevol de les finalitats previstes a l'article 503 LECrim⁵³ i mentre subsisteixin els motius que van justificar la seva adopció. La LECrim estableix una sèrie de terminis de durada màxima que depenen de quina sigui la pena corresponent al delictes objecte del procés⁵⁴, i també de la finalitat en virtut de la qual s'adopta la mesura. Que la durada màxima depengui de quina sigui la pena corresponent al delictes objecte del procés obeeix a que el temps transcorregut en presó provisional sigui proporcional a la durada màxima de la pena privativa de llibertat en cas que es condemni a l'investigat o encausat. I la finalitat que legitima

⁵³ Vid. Punt 1.3.

⁵⁴ Una part majoritària de la doctrina entén que s'ha de tenir en compte la pena que pugui imposar-se al cas concret, tenint en compte les circumstàncies fàctiques rellevants per a la seva individualització o determinació en el supòsit enjudiciat.

l'adopció de la presó provisional respon, a més del principi de proporcionalitat, al principi d'excepcionalitat.

5.1 TERMINIS CONCRETS DEPENDENT DE QUINA SIGUI LA FINALITAT QUE FONAMENTA L'ADOPCIÓ DE LA MESURA

5.1.1 EVITAR LA FUGA O L'ACUTACIÓ DELICTIVA GENERAL O CONTRA LA VÍCTIMA

Quan la presó provisional es decreti amb la finalitat d'evitar la fuga de l'investigat o encausat o l'actuació delictiva en general (inclou l'actuació delictiva contra la víctima⁵⁵), tal com consta a l'article 504.2 LECrim la durada de la presó provisional no podrà excedir d'un any si el delictes tingués assenyalada una pena privativa de llibertat igual o inferior a tres anys, o de dos anys si la pena privativa de llibertat assenyalada pel delictes fos superior a tres anys. No obstant, quan concorrin circumstàncies que fessin preveure que la causa no podrà ser jutjada en aquests terminis, el jutge o tribunal podrà, en els termes establerts a l'article 505 LECrim⁵⁶, establir mitjançant interlocutòria una sola pròrroga de fins a dos anys si el delictes tingués atribuïda una pena privativa de llibertat superior a tres anys, o de fins a sis mesos si el delictes tingués assenyalada una pena igual o inferior a tres anys.

Aquest article també estableix que si l'investigat o encausat fos condemnat, la presó provisional es podrà prorrogar fins el límit de la meitat de la pena efectivament imposada a la sentència, quan s'hagués interposat un recurs contra aquesta, el que suposa una manifestació de la proporcionalitat (pròrroga en proporció a la pena imposada) i també de l'excepcionalitat ja que haurà d'haver recaigut una resolució judicial condemnatòria.

És important recordar que quan es manté a la presó a una persona una vegada ha expirat el termini inicial legalment previst, se li està lesionant el dret a la llibertat personal de l'article 17.1 CE, i així ho ha considerat el TC en reiterades ocasions⁵⁷. Per tant, quina és la forma correcta i el temps adequat per adoptar la pròrroga de la presó provisional? Per resoldre aquesta qüestió podem remetre'ns a la STC 98/2002, de 29 d'abril, FJ.4 lletra c) que ens assenyala que pel que fa a la forma, la pròrroga requereix una *decisió judicial específica i expressa que motivï aquesta decisió excepcional en base a algun dels supòsits que legalment habiliten per això*. I a més, el TC ha afegit que aquesta decisió judicial que determina el marc legal que legitima la mesura

⁵⁵ Introduït amb la LO 15/2003, de 25 de novembre, per la qual es modifica la Llei Orgànica 10/1995, de 23 de novembre, del Codi Penal.

⁵⁶ Amb celebració d'audiència a les parts perquè puguin debatre sobre si concorren o no les circumstàncies legítimes de la presó provisional.

⁵⁷ SSTC 71/2000, de 13 de març, FJ. 5; 72/2000, de 13 de març FJ. 6 i 231/2000, de 2 d'octubre, FJ. 5.a).

haurà de ser *especialment acurada, evitant qualsevol error de subsumció al respecte*⁵⁸. Pel que fa al temps, el TC a la mateixa sentència abans mencionada, estableix que la pròrroga ha d'adoptar-se abans de que el termini inicial hagi expirat ja que d'altra forma s'estaria vulnerant el dret a la llibertat. Per tant, aquest dret fonamental es veu vulnerat no només quan l'investigat segueixi a la presó en el moment en què ja s'ha complert el termini màxim, sinó també quan l'eventual pròrroga no s'hagi acordat abans de que es compleixi el termini màxim de presó provisional que correspongui.

La jurisprudència ha parlat d'un "termini inicial de caducitat" que considera que té cada situació de presó provisional. Aquest termini es pot suspendre en el cas que es posi en llibertat provisional a l'investigat i es pot ampliar en dos situacions: en primer lloc si concorren circumstàncies que portin a preveure que no es podrà jutjar la causa en aquest termini, evidentment sempre que concorri una finalitat legítima i els pressupòsits (*fumus boni iuris*, *periculum in mora*) i, en segon lloc, si sobre l'investigat ha recaigut sentència condemnatòria i l'ha recorregut⁵⁹.

5.1.2 EVITAR LA OCULTACIÓ, ALTERACIÓ O DESTRUCCIÓ PROBATÒRIA

La LECrim a l'article 504.3 estableix que si la presó provisional s'hagués acordat per evitar la ocultació, alteració o destrucció probatòria processalment rellevant, la seva durada no podrà excedir de sis mesos. En aquest cas, per tant, diferint del cas anterior, no hi ha possibilitat d'establir cap pròrroga⁶⁰ i la durada és més reduïda.

Aquesta durada es justifica amb l'efectivitat pràctica de complir amb la finalitat que ara tractem. L'efectivitat depèn de que la presó provisional s'adopti en la seva modalitat incomunicada⁶¹ (que només pot durar cinc dies prorrogables a cinc dies més i excepcionalment prorrogar-se tres dies més en casos de bandes armades o individus terroristes o rebels o delinqüència organitzada) o que aquesta presó provisional s'acompanyi del secret de la instrucció. També està relacionada amb la fase d'instrucció ja que és en aquesta on s'han d'obtenir les fonts d'investigació i de prova. S'han de sumar també les conseqüències que provocaria la presó provisional i la limitació de la possibilitat del dret de defensa (resulta evident que no és el mateix preparar la defensa i afrontar un judici a la presó que en llibertat). Per tant, totes aquestes circumstàncies

⁵⁸ STC 9/1994, de 17 de gener.

⁵⁹ Gutiérrez de Cabiedes, Pablo. *La prisión provisional*, ed. Arazandi S.A, Navarra, 2004, pp. 254.

⁶⁰ S'entén que no es dóna possibilitat de pròrroga ja que la LECrim no ho estableix en aquest punt, sinó que ho fa a l'article 504.2 i, per tant, es dedueix que només existeix la pròrroga respecte aquelles finalitats.

⁶¹ Vid. Punt 3.2.

relacionades amb el principi de proporcionalitat porten a aquesta limitació temporal i l'absència de possibilitat de pròrroga.

En el cas que s'hagi decretat presó provisional incomunicada o secret de sumari, si encara no han transcorregut aquests sis mesos i es dóna una modificació d'aquestes circumstàncies, és a dir, s'aixeca la incomunicació o el secret de sumari, el jutge o tribunal haurà de motivar la subsistència dels pressupòsits pels quals es va acordar la presó provisional.

5.2 CÒMPUT DEL TERMINI

L'article 504.5 LECrim estableix que pel còmput dels terminis establerts als punts anteriors es tindrà en compte el temps que l'investigat o encausat hagués estat detingut o sotmès a presó provisional per la mateixa causa. Continua dient que s'exclourà d'aquest còmput el temps en que la causa pateixi dilacions no imputables a l'Administració de Justícia.

S'han de tenir en compte algunes situacions a l'hora de determinar des de quin moment comença a transcórrer el còmput per comptar el termini màxim. Del que senyala l'article abans mencionat podem extreure que el *dies a quo* és el dia que l'investigat o encausat és detingut ja que la detenció comporta una privació de llibertat. Així el legislador ha optat per una interpretació molt favorable al dret fonamental a la llibertat ja que amb anterioritat a la LO 13/2003, de 24 d'octubre, no s'establia res sobre aquest punt i la jurisprudència tampoc tenia un criteri molt clar sobre si s'havia d'incloure en el còmput del termini la durada de la detenció. A més a més, les dues mesures (detenció i presó provisional) tenen la mateixa finalitat i efectes (privació de llibertat). I si acudim al CP, el seu article 58 exposa que *“El tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente será abonado en su totalidad por el Juez o Tribunal sentenciador para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación fue acordada, salvo en cuanto haya coincidido con cualquier privación de libertad impuesta al penado en otra causa, que le haya sido abonada o le sea abonable en ella. En ningún caso un mismo periodo de privación de libertad podrá ser abonado en más de una causa.”* Suposa evident que la detenció és una privació de llibertat i, per tant, és subsumible a aquest article del CP i en efecte, computa en el temps màxim de durada de la presó provisional. En el mateix sentit, indicar que el TEDH també considera que el termini comença el dia que es va practicar la detenció⁶².

⁶² SSTEDH de 28 de març de 1990, cas B contra Àustria i de 26 de gener de 1993, cas W contra Suïssa.

5.3 INSTRUMENTS DE GARANTIA

S'estableix una doble garantia per controlar el compliment dels terminis màxims que hem estat tractant: el Registre Central de mesures cautelars i la comunicació preventiva de l'òrgan jurisdiccional i del Ministeri Fiscal als seus respectius òrgans governatius quan estigui a punt d'expirar el termini màxim.

D'una banda, la LECrim es refereix a aquest Registre a la seva disposició addicional segona establint que la mesura cautelar consistent en la presó provisional, la seva durada màxima i la seva cessació, així com les altres mesures cautelars adoptades en el curs dels procediments penals, s'anotaran en un registre central, d'àmbit nacional, que existirà al Ministeri de Justícia. Aquest registre té com a finalitat conèixer i controlar la situació personal de l'investigat i la durada de la mesura que s'hagi adoptat.

D'altra banda, l'article 504.6 LECrim estableix que quan la mesura de presó provisional excedeixi de les dos terceres parts de la seva durada màxima, el jutge o tribunal que conegui de la causa així com el Ministeri Fiscal hauran de comunicar respectivament aquesta circumstància al president de la sala de govern i al fiscal-cap del tribunal corresponent, amb la finalitat de que s'adoptin les mesures precises per imprimir a les actuacions la màxima celeritat. A aquests efectes la tramitació del procediment tindrà preferència respecte de tots els demés.

En relació a aquest article cal mencionar la Instrucció 4/2005, de la Fiscalia General de l'Estat, sobre la motivació pel MF de les peticions sol·licitant la mesura cautelar de presó provisional o la seva modificació, que estableix que els fiscals hauran de portar en tot moment un registre personal de les causes amb pres preventiu que els hi correspongui, així com mantenir les Fiscalies un sistema de control actualitzat d'aquestes causes (Circular 2/1995 FGE) sota la supervisió de la Prefectura, però del que s'encarregarà i serà responsable el Tinent Fiscal o excepcionalment un altre fiscal de la plantilla que el Cap designi. Sistema al que s'incorporarà de manera efectiva i periòdica les dades de presos preventius que aportaran els fiscals o el sistema informàtic, control que comportarà també recavar i aportar informació sobre la tramitació i demora del procés, que s'intensificarà quan es tracti de causes amb presó prorrogada, el que haurà de permetre als fiscals observar el deure legal de comunicar al Fiscal-Cap el compliment de les dues terceres parts de durada màxima de la mesura de presó provisional amb la finalitat d'adoptar les mesures precises per imprimir a les actuacions la màxima celeritat⁶³.

⁶³ Tal com indica Martín Ríos, això hauria de succeir en tots els casos i no només quan s'estigui a punt de vèncer el termini màxim.

6. ABONAMENT DE CONDEMNA O INDEMNITZACIÓ PER PRESÓ PROVISIONAL INJUSTA

6.1 ABONAMENT DE CONDEMNA

Quan el procés penal acaba amb una sentència ferma i aquesta condemna a pena privativa de llibertat, si al condemnat se li va aplicar la mesura cautelar de presó provisional, es pot produir un abonament de condemna. És a dir, el temps que va passar a la presó de forma provisional es computa com temps complert de condemna.

Encara que la presó que s'ha complert fins el moment de la condemna té una naturalesa cautelar o preventiva, igualment constitueix una privació del dret a la llibertat de l'article 17 CE i, per tant, per raó de justícia es pot abonar en el temps de condemna ja que del contrari la mesura cautelar hauria suposat una privació injusta i no reparada del dret a la llibertat. El temps que es pot abonar inclou el de la presó provisional i també el temps de detenció.

6.1.1 CAUSA SUSCEPTIBLE D'ABONAMENT DE CONDEMA

Però, en quines causes es pot abonar aquest temps? L'article 58.1 CP assenyala que serà el jutge o tribunal sentenciador l'encarregat d'abonar el temps sofert en presó provisional. I aquest temps serà abonable pel compliment de la pena imposada a la causa per la qual es va complir la presó provisional excepte el que hagi coincidit amb qualsevol privació de llibertat interposada al penat en una altra causa, que li sigui abonada o li sigui abonable en ella.

Pot donar-se el cas que la presó provisional s'aboni en una altra causa diferent a la que va donar lloc a la mesura cautelar; la jurisprudència considera que no té sentit acudir al sistema d'indemnització previst a la LOPJ si és possible computar la privació de llibertat en una altra causa diferent d'aquella en la qual es va acordar. I de la mateixa forma es pronuncia la llei, així l'article 58.2 CP assenyala que en el cas que es vulgui abonar la presó provisional en una causa diferent de la que es va decretar s'haurà d'acordar d'ofici o a petició del penat, i serà el jutge de vigilància penitenciària de la jurisdicció de la que depengui el centre penitenciari en el que es trobi el penat, prèvia audiència del MF, qui comprovarà que aquesta no ha sigut abonada en una altra causa.

Aquest abonament però no pot permetre's en qualsevol causa ja que tal com indica GUTIERREZ DE CABIEDES, podria donar-se que la persona que ha sofert una presó provisional que no ha pogut abonar-se posteriorment, tingués un "crèdit a favor" per cometre

futurs fets delictius⁶⁴. És a dir, una persona que hagués sofert una presó provisional no abonada posteriorment, si en el futur cometés fets delictius i se li hagués d'abonar el temps de presó provisional que va complir, podria delinquir essent conscient que a la futura pena imposable se li hauria de restar el temps de presó provisional. Però el legislador, atenent a aquesta consideració a l'article 58.3 CP indica que només procedirà l'abonament de presó provisional soferta en una altra causa quan la mesura cautelar sigui posterior als fets delictius que motiven la pena que es pretén abonar.

L'abonament de la presó provisional no només pot donar-se en una pena privativa de llibertat, sinó que també pot fer-ho en penes de diferent naturalesa. És a dir, si s'ha complert presó provisional i posteriorment no es condemna a una pena privativa de llibertat, la presó provisional podrà ser abonable a la pena que s'imposi (art. 59 CP).

Contra la resolució que declara abonable o no el període de presó provisional cap interposar recurs i tal com exposa la STS 1045/2013, de 7 de gener de 2014: “(...) *El actual sistema de impugnación de las decisiones referidas al abono de la prisión preventiva, se acomodará al siguiente esquema:*

1. *Cuando el tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente haya de abonarse en la misma causa para el cumplimiento de la pena o penas impuestas, la decisión del Juez de lo Penal (o Juez Central de lo Penal) será recurrible en apelación ante la Audiencia Provincial (o Audiencia Nacional), resolviendo así la impugnación sin ulterior recurso. Si la resolución cuestionada ha sido dictada por la Audiencia Provincial (o Audiencia Nacional), en su condición de órgano sentenciador, el auto será recurrible en casación con arreglo a las previsiones de la Ley de 17 de enero de 1901.*
2. *Cuando se trate de abonar la prisión provisional en causa distinta a aquella en la que se hubiere decretado, la decisión del Juez de Vigilancia Penitenciaria será susceptible de recurso de apelación ante la Audiencia Provincial (o Audiencia Nacional). Contra esta decisión cabrá interponer recurso de casación para la unificación de doctrina en materia de vigilancia penitenciaria ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo.”*

6.2 INDEMNITZACIÓ PER PRESÓ PROVISIONAL INJUSTA

Quan es posa fi al procés amb una sentència absolutòria i s'ha complert una mesura cautelar consistent en una privació de llibertat com és la presó provisional, pot sorgir la responsabilitat patrimonial de l'Estat.

⁶⁴ Gutiérrez de Cabiedes, Pablo. *La prisión provisional*, ed. Aranzadi S.A, Navarra, 2004, pp. 290.

La CE a l'article 106.2 recull el principi general de la responsabilitat patrimonial de l'Estat pel funcionament dels serveis públics (més en concret l'article 9.3 CE que estableix el principi i garantia dels ciutadans respecte aquesta responsabilitat dels Poders Públics) i a més, l'article 121 CE contempla de forma específica la responsabilitat patrimonial pel funcionament de l'Administració de Justícia (indemnització pels danys causats per error judicial o a conseqüència del funcionament anormal de l'Administració de Justícia). Però és la LOPJ la que desenvolupa als articles 292 i següents els dos supòsits genèrics que acabo de mencionar (error judicial i funcionament anormal de l'administració de justícia) i contempla un supòsit específic a l'article 294 que preveu la indemnització i estableix que tindran dret a aquesta els que després d'haver complert presó preventiva siguin absolts per inexistència del fet imputat o per aquesta mateixa causa s'hagi dictat interlocutòria de sobreseïment lliure.

El Tribunal Suprem des de la sentència de 27 de gener de 1989 venia entenent que l'article 294 LOPJ era aplicable en els casos "d'inexistència objectiva" del fet pel qual es va decretar la presó provisional, que contenia els casos en què els fets delictius no existissin i els que tot i existir aquests fets fossin considerats atípics. I també era aplicable en els casos "d'inexistència subjectiva", que eren els casos en que resultés provat que l'investigat no havia participat als fets que se li havien atribuït. I deixava fora de l'àmbit d'aplicació de l'article els supòsits els quals s'hagués dictat sentència absolutòria per falta de prova de la participació de l'investigat en el delictes o l'absolució per concurrència de causes d'extinció de la responsabilitat criminal⁶⁵. El TEDH a la sentència de 25 d'abril de 2006 sobre el cas Puig Panella contra Espanya, va condemnar aquesta per la violació de l'article 6.2 CEDH perquè considerava que el Ministeri de Justícia havia rebutjat una demanda d'indemnització basant-se en la falta de certesa sobre la innocència del recurrent malgrat haver-hi una sentència que ho confirmava i per això havia vulnerat el principi de presumpció d'innocència del recurrent. Però els tribunals en aquell moment no van adoptar cap canvi de criteri ja que en aquest cas concret, l'investigat es trobava complint pena de presó, no com a mesura cautelar, sinó que li havien interposat abans de dictar-se la sentència absolutòria del TC.

Però l'any 2010 el TEDH es torna a pronunciar a la sentència de 13 de juliol de 2010 sobre el cas Tendam contra Espanya; en aquesta el tribunal assenyala que no hi hauria d'haver diferència entre una absolució que es basi en falta de proves i una absolució que es basi en la innocència de la persona ja que ambdós es resolen amb una sentència absolutòria. Però el TS adopta un canvi de criteri jurisprudencial més restrictiu i actualment s'entén que l'article 294 LOPJ només

⁶⁵ Entenem que són l'antijuridicitat, la inimputabilitat, la culpabilitat o la punibilitat.

contempla els casos “d’inexistència objectiva” ja que es considera que el legislador no pretén establir indemnització per tots els casos que la presó provisional no vagi seguida d’una sentència de condemna, ni tampoc per tots els casos que es dicti una sentència absolutòria o una interlocutòria de sobreseïment lliure. En aquests darrers casos (sentència absolutòria o sobreseïment lliure) que venien subsumits a la “inexistència subjectiva” s’haurà d’acudir a la via general de l’article 293 LOPJ.

Això suposa que a sentències anteriors se’ls hi hagi donat un tractament desigual però el TS argumenta que aquesta desigualtat és donada degut a les sentències que ha dictat el TEDH contra Espanya i que aquest nou criteri jurisprudencial no suposa una infracció de la jurisprudència del TEDH, ja que aquest no exigeix als estats que han signat el CEDH que contemplin una indemnització per la presó provisional que no estigui seguida d’una condemna.

Pel que fa als danys indemnitzables que causa l’aplicació de la presó provisional injusta, quan ens referim a danys morals⁶⁶ aquests no s’han de demostrar ja que es considera que els causa a tota persona la presó provisional al ser aquesta una mesura privativa de llibertat. Però pel que fa als danys materials que la mesura hagi pogut causar al pres, aquests sí que s’hauran de provar (lucre cessant o dany emergent, despeses a les que ha hagut de fer front, etc.)⁶⁷.

Respecte del procediment per obtenir aquesta indemnització, l’article 293.2 LOPJ disposa que l’interessat haurà de dirigir la seva petició davant el Ministeri de Justícia, i aquesta es tramitarà d’acord amb les normes reguladores de la responsabilitat patrimonial de l’Estat. Contra la resolució sobre si es concedeix o no aquesta indemnització es podrà interposar un recurs contenciós-administratiu. A més a més el mateix article regula la prescripció del dret a reclamar la indemnització i ens diu que prescriurà en el termini d’un any a partir del dia en que es va poder exercitar. En el cas d’error judicial, per poder iniciar aquest tràmit per obtenir la indemnització s’haurà d’instar al reconeixement de l’error judicial davant la sala corresponent del TS en el termini de 3 mesos a partir del dia en que es va poder exercitar (art. 293.1 LOPJ).

⁶⁶ El TS valora aquest dany moral tenint en compte les circumstàncies personals rellevants com poden ser l’edat, professió, fets imputats, major o menor probabilitat d’oblit social del fet... i ho fa establint en tot cas el principi de progressivitat del dany moral, és a dir, quant més temps hagi estat en presó provisional, major serà el dany moral que s’ha produït.

⁶⁷ Gutiérrez de Cabiedes, Pablo. *La prisión provisional*, ed. Aranzadi S.A, Navarra, 2004, pp. 298 i article 294.2 LOPJ.

CAPÍTOL II - MESURES ALTERNATIVES A LA PRESÓ PROVISIONAL

1. LLIBERTAT PROVISIONAL

La llibertat provisional es regula de l'article 528 al 544 LECrim que formen el títol VII titulat "De la llibertat provisional del processat" i és una mesura que es troba entre la presó provisional i la completa llibertat de l'investigat⁶⁸. El fonament d'aquesta mesura cautelar personal es troba en el respecte que s'ha de tenir al dret a la llibertat consagrat a l'article 17 CE, i en la combinació entre assegurar el compliment d'una eventual sentència condemnatòria amb la defensa de les finalitats del procés, sempre tenint en compte el dret de presumpció d'innocència de l'article 24.2 CE. Per obtenir aquesta combinació entre l'assegurament del compliment de l'eventual sentència condemnatòria que es dicti i la defensa de les finalitats del procés amb el respecte als drets fonamentals a la llibertat i a la presumpció d'innocència, la mesura més apta és la llibertat provisional.

El seu objectiu, igual que el de la presó provisional, és garantir la presència de l'investigat durant el procés, però la realitat és que la llibertat provisional resulta molt menys perjudicial pel subjecte que la pateix ja que garanteix un major respecte a la llibertat, en el sentit que la presó provisional et priva d'aquesta llibertat i en canvi la llibertat provisional consisteix en limitar la llibertat. En aquest sentit, DEL POZO considera que mentre la presó provisional consisteix en un status de subjecció, la llibertat provisional consisteix en un status d'obligació. Això significa que en el primer cas, l'investigat està subjecte a la institució consistent en presó provisional i en el segon cas, només es veu obligat a complir amb les obligacions que se li imposen (com ja veurem, la més importat és comparèixer davant l'autoritat judicial els dies que es determini).

Aquesta mesura l'adopta el jutge encarregat de la investigació si creu que hi ha motius bastants per considerar que l'investigat és responsable d'un delictes però no es compleixen els pressupòsits necessaris per decretar la presó provisional. Però el que decreta el jutge no és tant la llibertat provisional, sinó les limitacions que s'imposen a aquesta llibertat ja que la llibertat és l'estat natural en el que es troba el subjecte per naturalesa⁶⁹. Per tant el jutge imposa limitacions a la llibertat de l'investigat amb l'objectiu de garantir la seva presència durant el procés i que no es sostregui de l'execució d'una eventual sentència condemnatòria. SERRA DOMÍNGUEZ considera que la presó provisional s'haurà de decretar quan no hi hagi més remei, és a dir,

⁶⁸ Mattes, Heinz. *La prisión preventiva en España*, ed. Servicio de publicaciones del CEU, Madrid, 1975, pp. 61.

⁶⁹ Barona Vilar, Silvia. *Prisión provisional y medidas alternativas*, ed. Llibreria Bosch, Barcelona, 1987, pp. 180.

l'estat normal de l'investigat és el de llibertat provisional i la presó provisional haurà de ser l'excepció.

Aquesta mesura ve acompanyada d'algunes obligacions com pot ser haver de comparèixer davant l'autoritat judicial determinats dies del mes, la impossibilitat d'abandonar el país amb la conseqüent retirada del passaport o prestar fiança per assegurar que compleix amb les seves obligacions. El jutge, a l'hora d'imposar aquestes obligacions que constitueixen una limitació de la llibertat de l'investigat, ha de conèixer quin és l'ambient en el que aquest es mou, els seus antecedents i les causes dels fets que hagi portat a terme, i així podrà concloure quines són les limitacions més convenientes en cada cas⁷⁰.

En conseqüència, BARONA VILAR considera que la llibertat provisional és una mesura que s'adopta segons el criteri discrecional de l'òrgan judicial. Però amb això no s'ha d'entendre que hi ha un arbitri total per part del jutge a l'hora de decretar o no aquesta mesura. Hi ha uns pressupòsits legals que s'han de complir perquè es pugui decretar la mesura i hi ha unes circumstàncies que no es regulen expressament a la llei i en ambdós s'ha de deixar al criteri de l'òrgan jurisdiccional que, tal com considera AGUILERA DE PAZ, pel coneixement de les circumstàncies personals de l'investigat, dels seus antecedents i dels motius pels quals es va dur a terme el delicte serà el que es troba en les millors condicions per analitzar si l'investigat es sotaurà de l'acció de la justícia o no. Cal assenyalar que la discrecionalitat no és total perquè s'estableixen unes coordenades sobre les quals s'ha de moure el jutge. A més a més, el Ministeri Fiscal intervé en el procés i, si al posar-se en el seu coneixement la decisió del jutge, considerés que és contrària a la llei o perjudicial per l'interès social, interposaria el recurs procedent.

La regla general hauria de ser que a l'investigat se li imposés la mesura cautelar consistent en llibertat provisional i així estar a l'espera de judici en situació de llibertat, i la presó provisional hauria de suposar una excepció a aquesta regla general⁷¹ i només imposar-se si la llibertat provisional en el cas concret no pogués garantir el normal desenvolupament del procés i el compliment d'una eventual sentència condemnatòria.

La decisió del jutge de decretar llibertat provisional per l'investigat mentre es tramita la causa així com la decisió que fixa la quantia de la fiança són reformables durant tot el transcurs del procés. Així doncs, si les circumstàncies per les quals es va decretar llibertat provisional es modifiquen, el jutge pot valorar si és convenient seguir amb la mesura imposada o imposar

⁷⁰ Soto Nieto, Francisco. *La prisión y libertad provisionales vistas por un juez*, RDP. Ib. nº4, 1995, pp. 582.

⁷¹ Sabatini, Giuseppe. *Trattato dei procedimenti incidentali nel processo penale*, ed. Unione tipografico-editrice torinese, Torino, 1953, pp. 462.

presó provisional. I passa el mateix amb la presó provisional, si les circumstàncies que van portar al jutge a decretar-la es modifiquen, serà necessari també modificar la mesura imposant la llibertat provisional. Per exemple si l'investigat es troba en presó provisional però desapareix el risc de fuga, es pot decretar la llibertat provisional, o al contrari, si l'investigat es troba en llibertat provisional però apareix un greu risc de fuga, es podrà decretar la presó provisional; però si la modificació és per agreujar la situació personal de l'investigat sempre serà necessària la instància de part, en aquest cas del Ministeri Fiscal o de les parts acusadores. En canvi, quan es tracti d'afavorir la situació personal de l'investigat, ho podrà fer el jutge d'ofici.

1.1 ESTABLIMENT D'UNA FIANÇA

Excepte que es decreti la llibertat total o la llibertat provisional sense fiança, s'ha de portar a terme l'audiència prèvia de l'article 505 LECrim perquè el Ministeri Fiscal o les parts acusadores demanin al jutge que imposi la presó provisional o la llibertat provisional amb fiança.

Aquesta fiança és una garantia que s'ha de satisfer si es vol continuar en llibertat provisional ja que en cas de no prestar-la es decretaria la presó provisional (art. 540 LECrim). La qualitat i quantitat de la fiança quedarà a criteri del jutge o tribunal, tal com consta a l'article 529 LECrim. A l'hora de determinar la qualitat i quantitat de la fiança, l'òrgan jurisdiccional haurà de tenir en compte la naturalesa del delictes, l'estat social i els antecedents de l'investigat i el major o menor interès que pogués tenir aquest per posar-se fora de l'abast de la justícia (art. 531 LECrim).

La fiança no té com objectiu garantir les possibles responsabilitats pecuniàries de l'investigat, sinó garantir que no es sotstraurà de l'acció de la justícia. Per tant s'haurà d'interposar tenint en compte el principi de proporcionalitat ja que no es pot fixar una fiança la quantia de la qual sigui d'impossible constitució per l'investigat. La fiança pot ser de naturalesa personal o de naturalesa real.

Com que la finalitat de la fiança és garantir la presència de l'investigat durant el procés, si aquest no compareix a la primera crida judicial, es procedirà a realitzar els seus béns si la fiança hagués recaigut sobre ells. Si es tractés dels béns d'un tercer o la fiança s'hagués prestat per un fiador, se'ls hi donarà 10 dies perquè trobin a l'investigat i el presentin davant l'òrgan judicial, i en cas de no fer-ho es procedirà a fer efectiva la garantia (art. 534 LECrim). La realització dels béns es durà a terme mitjançant la via de constrenyiment i l'import serà per satisfer les despeses causades per la constitució de la fiança i la resta serà per l'Estat.

Per últim assenyalar que tal com ens exposa l'article 541 LECrim, hi ha quatre causes per les quals es cancel·larà la fiança:

1. Quan el fiador ho demani presentant a l'investigat.
2. Quan l'investigat sigui sotmès a presó.
3. Quan es dicti una interlocutòria ferma de sobreseïment o una sentència ferma absolutòria o quan, essent condemnatòria, es presenti l'investigat per complir condemna.
4. Per la mort de l'investigat quan encara estigui pendent la causa.

1.2 COMPAREIXENCES *APUD ACTA*

Aquesta mesura accessòria de la llibertat provisional la trobem a l'article 530 LECrim. A la resolució que decreti la llibertat provisional amb o sense fiança es determinaran uns dies perquè l'investigat comparegui al jutjat o davant l'autoritat que es determini, els dies u i quinze de cada més solen ser els més habituals, aquestes són les compareixences *apud acta*. Però l'investigat també haurà de compareixer en qualsevol moment quan sigui cridat pel jutge o tribunal que conegui de la causa.

Aquest criteri queda a la lliure valoració del jutge ja que la llei no determina la freqüència amb les que aquestes s'han de portar a terme, però la seva periodicitat serà variable en funció del major o menor risc de fuga que s'aprecii. La obligació no podrà tenir caràcter punitiu i haurà d'executar-se de la forma més favorable per l'investigat, a tal efecte, la obligació sol establir-se davant el jutjat d'instrucció del seu domicili.

Per tant d'aquesta manera es limita la llibertat de l'investigat ja que hi ha determinats dies que ha de compareixer davant el jutge, però si no se li han imposat mesures accessòries a aquesta llibertat provisional, l'investigat té total llibertat de moviment amb la única obligació d'acudir a aquestes compareixences.

1.3 MESURES DESTINADES A LA PROTECCIÓ DE LA VÍCTIMA

Aquestes prohibicions tenen com objectiu protegir a les víctimes de delictes violents mentre s'espera que es celebri el judici oral i l'investigat o encausat es troba en llibertat provisional. Perquè evidentment, si l'investigat es troba complint la mesura cautelar consistent en presó provisional, que li imposessin a més aquestes mesures no tindria gaire sentit ja que es trobaria a un centre penitenciari (o habitatge en cas de malaltia o centre autoritzat en cas d'addicions a substàncies). Així doncs, l'article 544 bis LECrim incorpora la prohibició de residir a determinats llocs, d'acudir a determinats llocs, així com comunicar-se amb determinades

persones. L'article 544 ter LECrim contempla l'ordre de protecció per les víctimes de violència domèstica. I l'article 544 quinquies LECrim, contempla adoptar mesures en el cas que s'hagi de protegir a la víctima menor d'edat o amb la capacitat judicialment modificada.

Aquestes mesures també es troben regulades a la LO 1/2004, de 28 de desembre, de Mesures de Protecció Integral contra la Violència de Gènere.

1.3.1 PROHIBICIONS DE RESIDÈNCIA, APROXIMACIÓ I COMUNICACIÓ

La LECrim a l'article 544 bis persegueix aquesta efectiva protecció de la víctima enfront els delictes mencionats a l'article 57 CP. Aquestes mesures cautelars són prohibicions temporals de residència o comunicació:

1. Prohibició de residir en un determinat lloc, barri, municipi, província o altre entitat local, o Comunitat Autònoma.
2. Prohibició d'acudir a determinats llocs, barris, municipis, províncies o altres entitats locals, o Comunitats Autònomes
3. Prohibició d'aproximar-se o comunicar-se, amb la graduació que sigui precisa, a determinades persones.

En el cas que aquestes mesures no es complissin per part de l'investigat o encausat, es donaria lloc a la compareixença de l'article 505 LECrim i s'adoptaria la mesura cautelar necessària si es considera que les mesures imposades no compleixen l'objectiu fixat que és que entre agressor i víctima no hi hagi contacte⁷². Aquesta nova mesura podria ser la presó provisional, o si es tractés de les víctimes de l'article 173.2 CP es podria adoptar una ordre de protecció de l'article 544 ter LECrim i finalment també podria tractar-se d'altres mesures més restrictives de la llibertat de l'investigat que, encara que no estiguin determinades, entenem que són les de l'article 544 bis⁷³. Per exemple si l'investigat no compleix amb la mesura consistent en no acudir a un determinat lloc, se li podria imposar una mesura més restrictiva que no té perquè ser directament la presó provisional, sinó que en aquest cas podria ser no residir a un determinat lloc.

L'objectiu de l'article 544 bis és el de protegir a les víctimes de futures i certament probables agressions, per tant, difereix de la naturalesa de les mesures cautelars personals del procés penal

⁷² Tirado Estrada, Jesús José. *Violencia en el hogar y medidas cautelares en el proceso penal*, Boletín del Ministerio de Justicia, nº1820, Madrid, 1998, pp. 946.

⁷³ Delgado Martín, Joaquín. La posición de la víctima ante la prisión provisional, en Dorrego de Carlos, Alberto. *Régimen jurídico de la prisión provisional*, ed. Sepín, Pozuelo de Alarcón, Madrid, 2004 pp. 379.

que consisteixen en evitar la sostracció de l'investigat de l'acció de la justícia. La mesura d'allunyament entre l'agressor i víctima suposa una limitació o restricció dels drets fonamentals previstos a l'article 19 CE, i en aquest cas hauran de concórrer el *fumus boni iuris* i la proporcionalitat però no el *periculum in mora*; en aquest cas s'hauria de complir el *periculum in damnum* que significa ha d'existir un perill real de que les conductes es tornin a produir, és a dir, no és suficient que hi hagi la possibilitat que es repeteixin sinó que cal el perill real⁷⁴.

En conclusió, aquesta mesura cautelar té la finalitat de limitar la llibertat de circulació, residència o comunicació perquè l'investigat i la víctima no tinguin contacte i així poder evitar noves agressions encara que la realitat és que no les poden evitar totalment però si que posen a la víctima en una situació de menor risc.

1.3.2 ORDRE DE PROTECCIÓ

La Llei 27/2003, de 31 de juliol, va introduir l'article 544 ter LECrim amb l'anomenada Ordre de Protecció, l'objectiu del qual és poder atorgar especial protecció a les víctimes de violència domèstica. Aquest article es limita a uns determinats delictes⁷⁵ i sempre contra unes persones determinades que són el cònjuge o parella, els descendents, ascendents, germans, així com persones necessitades d'especial protecció.

L'article exposa que el jutge d'instrucció, quan decreti l'Ordre de Protecció podrà adoptar mesures cautelars de caràcter penal i/o civil, així com mesures d'assistència i protecció social (art. 544 bis 5). Per tant, s'entén que l'Ordre de Protecció no és en si una mesura cautelar, sinó que és un instrument per poder adoptar mesures cautelars.

En l'àmbit penal, ens diu que aquestes mesures podran consistir en qualsevol de les previstes a la legislació processal criminal tenint en compte la necessitat de protecció integral i immediata de la víctima. Així doncs la realitat és que no ens diu quines seran aquestes mesures en concret sinó que ens remet a altres normes; per tant, entre aquestes mesures podem trobar que es condemni a presó provisional, evidentment sempre que es compleixin els requisits que estableix la mateixa LECrim per adoptar aquesta mesura.

Pel que fa a les mesures de naturalesa civil, exposa que quan hi hagi fills menors d'edat o persones amb la capacitat judicialment modificada, a més de les mesures que s'estableixen a

⁷⁴ Pastor Motta, Luis. Las medidas alternativas a la prisión provisional, en Dorrego de Carlos, Alberto. *Régimen jurídico de la prisión provisional*, ed. Sepín, Pozuelo de Alarcón, Madrid, 2004 pp. 328.

⁷⁵ Delicte contra la vida, integritat física o moral, llibertat sexual, llibertat o seguretat.

l'article 158 CC, les mesures podran consistir en l'atribució de l'ús i gaudi de l'habitatge familiar, determinar el règim i custòdia, visites, comunicació i estància amb els menors o persones amb la capacitat judicialment modificada, el règim de prestació d'aliments, així com qualsevol disposició que es consideri oportuna a fi d'apartar-los d'un perill o evitar-los perjudicis. Per tant en el cas de les mesures de naturalesa civil, si que n'enumera unes quantes però també deixa portes obertes al jutge o tribunal a l'establir que també es podrà adoptar "qualsevol disposició que es consideri oportuna a fi d'apartar-los d'un perill o evitar-los perjudicis".

En el cas de les mesures de naturalesa civil la vigència és de 30 dies, i si en aquest termini s'ha iniciat un procés de família davant la jurisdicció civil, les mesures es prorroguen durant 30 dies més a partir de la interposició d'aquesta demanda per iniciar el procés. Dins d'aquest termini haurà de ser el jutge qui decideixi si ratifica, modifica o deixa sense efecte les mesures.

1.3.3 PROTECCIÓ DE LA VÍCTIMA AMB NECESSITATS ESPECIALS: MENOR D'EDAT O AMB LA CAPACITAT JUDICIALMENT MODIFICADA

La Llei 4/2015, de 27 d'abril, de l'Estatut de la víctima del delictes, va introduir a la LECrim l'article 544 quinquies que contempla la protecció de la víctima menor d'edat o amb la capacitat judicialment modificada. I és que en el cas que s'estigui investigant un delictes dels continguts a l'article 57 CP sempre en relació als subjectes ja mencionats es podrà adoptar alguna de les següents mesures:

- “a) Suspender la patria potestad de alguno de los progenitores. En este caso podrá fijar un régimen de visitas o comunicación en interés del menor o persona con capacidad judicialmente modificada y, en su caso, las condiciones y garantías con que debe desarrollarse.*
- b) Suspender la tutela, curatela, guarda o acogimiento.*
- c) Establecer un régimen de supervisión del ejercicio de la patria potestad, tutela o de cualquier otra función tutelar o de protección o apoyo sobre el menor o persona con la capacidad judicialmente modificada, sin perjuicio de las competencias propias del Ministerio Fiscal y de las entidades públicas competentes.*
- d) Suspender o modificar el régimen de visitas o comunicación con el no conviviente o con otro familiar que se encontrara en vigor, cuando resulte necesario para garantizar la protección del menor o de la persona con capacidad judicialmente modificada.”*

En aquest cas, a diferència del punt anterior, sembla donar a entendre que les mesures podran tenir una durada sense límit ja que l'article 544 quinquies 3 estableix que una vegada conclòs el procediment, el jutge o tribunal, valorant l'interès de la persona afectada, ratificarà o aixecarà

les mesures de protecció que haguessin sigut adoptades. Per tant, una vegada acabat el procediment, és possible que les mesures segueixin en vigor però donant la possibilitat al MF i a les parts afectades per la mesura que demanin la seva modificació o alçament seguint el procediment de l'article 770 LEC.

2. PROHIBICIÓ DE SORTIR DEL PAÍS I RETIRADA DEL PASSAPORT

Aquesta mesura consisteix en la prohibició de sortir del país amb la conseqüent retirada del passaport de l'investigat i la prohibició d'expedir-ne un altre. Aquesta mesura es venia utilitzant per part de Jutges i Tribunals però no és fins la reforma de la LECrim per la LO 13/2003 que s'estableix una regulació legal sobre la mateixa establint a l'article 530 LECrim que per garantir que l'investigat comparegui els dies assenyalats pel jutge, el jutge o tribunal podran acordar la retirada del passaport. Per tant la llei contempla aquesta mesura unida a la obligació de compareixença.

És necessari que es contempli aquesta mesura en algunes situacions ja que en alguns casos el risc de fuga és molt alt. Però si bé és cert que amb la retirada del passaport es disminueix el risc de fuga, aquesta no suposa una possibilitat absoluta d'impedir aquest risc⁷⁶.

Tal com indica MORENO CATENA, amb els actuals mitjans de comunicació i amb la supressió dels controls de trànsit de persones a les fronteres, els viatges fora del país es poden realitzar en molt poc temps i, per tant, es pot tornar ràpidament i estar present en la data que correspongui comparèixer davant el jutge o tribunal que s'hagi imposat.

3. RETIRADA DEL PERMÍS DE CONDUIR

La LECrim contempla aquesta possibilitat a l'article 529 bis establint que: *“Cuando se decrete el procesamiento de persona autorizada para conducir vehículos de motor por delito cometido con motivo de su conducción, si el procesado ha de estar en libertad, el Juez, discrecionalmente, podrá privarle provisionalmente de usar el permiso, mandando que se recoja e incorpore al proceso el documento en el que conste. El Secretario judicial lo comunicará al organismo administrativo que lo haya expedido.”*

Aquesta mesura es du a terme recollint el permís de conduir de l'encausat o investigat i incorporant-lo a les actuacions. A l'investigat se li ha d'efectuar un requeriment formal de que,

⁷⁶ Barona Vilar, Silvia. *Prisión provisional y medidas alternativas*, ed. Llibreria Bosch, Barcelona, 1987, pp. 236.

mentre la mesura estigui vigent, s'abstingui de conduir vehicles a motor, i avisant-lo que si no compleix amb aquest requeriment, incorrerà en un delict de desobediència greu a l'autoritat.

En aquest cas no és necessari que aquesta privació sigui demanada ni pel MF ni per les parts acusadores, només és necessari que el jutge d'ofici estimi que es donen els pressupòsits per adoptar-la, i en el cas que durant la tramitació del procediment algun dels pressupòsits canviï o deixi de concórrer, el jutge podrà aixecar la privació. L'objectiu d'aquesta mesura és prevenir la comissió de delictes futurs relacionats amb la conducció.

EPÍLEG FINAL

1. Seguint un marc conceptual la presó provisional és una mesura cautelar que consisteix en la privació de llibertat d'una persona (encausat o investigat) mentre es troba pendent un procés penal contra ell. A més, la presó provisional té uns límits que són el dret a la llibertat i el dret a la presumpció d'innocència. La majoria de la doctrina processalista considera que la presó provisional és una institució de difícil justificació i que constitueix un significatiu atemptat al citat dret de presumpció d'innocència. A títol indicatiu, l'autor ASECIO MELLADO opina que el problema de la presó provisional no és tant el de la seva existència sinó el de la seva regulació positiva d'acord amb els drets constitucionals a la llibertat i a la presumpció d'innocència i les conseqüències derivades de la seva vigència.

2. Si ens fixem en la naturalesa de la presó provisional hem de tenir present que són tres les opcions de qualificació que se li podrien atribuir: pena anticipada, mesura cautelar o mesura de seguretat o protecció. Després d'una anàlisi la naturalesa es reconduïx a una única opció, que és la de mesura cautelar.

3. La presó provisional només podrà adoptar-se si compleix amb determinades finalitats a les quals ha de respondre. Aquestes finalitats són: assegurar la presència de l'investigat o encausat, evitar la destrucció probatòria i evitar la reiteració delictiva.

4. Referent a les característiques i seguint la doctrina del Tribunal Constitucional, les més importants són la provisionalitat, subsidiarietat, excepcionalitat i proporcionalitat (STC 128/1995, FJ. 3).

5. Les decisions que adoptin aquesta mesura cautelar de presó provisional hauran de ser motivades tal i com ho ha posat de manifest el Tribunal Constitucional en reiterades ocasions. Després d'una lectura de les resolucions que decreten la presó provisional dels ex consellers del govern català⁷⁷ i els líders d'Òmnium Cultural i ANC⁷⁸, sota el meu parer la motivació és escassa. En el cas dels líders d'Òmnium Cultural i ANC, coneguts com "els Jordis", es tracta d'una interlocutòria de 19 pàgines on en el primer punt tracta sobre la competència de la instructora (que no és rellevant a efectes del què ens interessa). En el segon punt s'exposen els paràmetres en els que es mou el Tribunal Constitucional per adoptar la presó provisional que són els de l'article 503.1.3 LECrim (prevenir la sostracció de l'acció de la justícia, impedir l'obstrucció de la justícia penal i evitar la reiteració delictiva). En aquest mateix punt ens diu que la motivació de la resolució ha de ser suficient i raonable i per això s'han d'analitzar les

⁷⁷ Interlocutòria 82/2017, de 2 de novembre de 2017.

⁷⁸ Interlocutòria 82/2017, de 16 d'octubre de 2017.

característiques i la gravetat del delictes així com la pena que correspondria a aquest delictes, d'igual forma s'han d'analitzar les circumstàncies concretes i personals de l'investigat. El tercer punt consisteix en analitzar l'article 503 apartats 1 i 2, que són els requisits que s'han de complir per poder imposar la pena de presó provisional que són l'existència d'un fet que presenti els caràcters de delictes, en aquest cas se'ls hi atribueix un delictes de sedició (art. 544 i 545 CP), la pena ha de ser igual o superior a dos anys i en aquest cas ho és, i també hi ha d'haver motius suficients per estimar criminalment responsable a la persona contra la que s'hagi de dictar la interlocutòria de presó provisional. El que fa a continuació és exposar detalladament tots els fets que es van cometre els dies 20 i 21 de setembre de l'any 2017 que segons la jutgessa, són els dies que interessen a efectes de la resolució. El quart punt el dedica a tornar a enumerar les finalitats de l'article 503.1.3 que ja ha mencionat al segon punt: el risc de fuga, la ocultació o alteració de fonts de prova i evitar la reiteració delictiva, que lluny de motivar de forma raonada a cada finalitat si es compleix o no, només es limita a dir que si es compleixen. El que resulta curiós és que a una interlocutòria de 15 pàgines trobem la motivació a una pàgina i un paràgraf.

Pel que fa a la interlocutòria del Govern, l'estructura que es segueix és la mateixa, i el que aquí resulta peculiar és que en una resolució que té com a objectiu limitar de forma tan restrictiva drets fonamentals com la llibertat, no s'individualitza la resolució, sinó que es fa una resolució conjunta, i si ve és cert que a l'exposició dels fets s'exposen els fets que ha comés cada persona i es va exposant si s'ajusten o no als requisits que exigeix la LECrim, a l'hora de resoldre i motivar la resolució es fa en conjunt dient que en tots els casos es compleix amb les finalitats de l'article 503.1.3 LECrim. Aquestes resolucions han sigut posades a títol d'exemple per la rellevància social que tenen actualment aquestes circumstàncies i per posar de manifest si la motivació que el TC exigeix es compleix en tots els casos o no.

Per afegit, segons alguns dels advocats entrevistats per l'Associació Pro Drets Humans d'Espanya⁷⁹, els jutges moltes vegades primer adopten la decisió de presó provisional i únicament el què fan després és incorporar-la dins de les causes legals, no exposant detalladament les circumstàncies que la motiven i sense valorar la situació real i concreta en la què és troba l'investigat o encausat. Aquesta circumstància dóna lloc a què es dictin resolucions estereotipades i en les què la motivació és escassa i abstracta.

6. D'acord amb la doctrina i la jurisprudència, el *fumus boni iuris* i el *periculum in mora* són els dos pressupòsits que s'exigeixen per poder adoptar la presó provisional. Pel que fa a l'aparença de bon dret, aquesta es compleix quan hi ha suficients elements per atribuir “de forma raonada i

⁷⁹ Asociación Pro Derechos Humanos de España (2015). *Informe de Investigación sobre la práctica de la prisión provisional en España*. Recuperat de: https://www.fairtrials.org/wp-content/uploads/INFORME_LA-PRACTICA-DE-LA-PRISION-PROVISIONAL.pdf

fonamentada” la comissió del delictes a l’investigat o encausat. És a dir, la presó provisional no es pot fonamentar en una sospita sinó que requereix una creença raonable. El *periculum in mora* ve representat pel perill de fuga de l’investigat. En el nostre sistema processal penal, la regla general és la prohibició de celebrar el judici oral si el processat es troba en rebel·lia; per tant, és necessari assegurar que el subjecte acudirà al judici oral i que no impedirà el normal desenvolupament del procés.

7. Les dues grans modalitats de la presó provisional són la comunicada i la incomunicada, essent la comunicada la regla general.

En el treball s’han destacat altres possibles modalitats de presó provisional considerades atenuades que creen una situació de confusió entre la doctrina ja que no queda del tot clar si es tracta d’una mesura alternativa a la presó provisional o una modalitat de la mateixa. En una direcció es troba MARTÍN RÍOS que considera la presó provisional atenuada com una modalitat de presó provisional i en l’altra direcció hi ha GUTIÉRREZ DE CABIEDES que disposa que es tracta d’una mesura alternativa.

8. Pel que fa al procediment i la necessària audiència prèvia que s’ha de dur a terme perquè el jutge decideixi si aplica o no una mesura cautelar penal, hi ha algunes conclusions molt interessants que extreu l’Associació Pro Drets Humans d’Espanya a l’Informe d’Investigació sobre La pràctica de la presó provisional a Espanya⁸⁰.

L’Associació extreu aquestes conclusions després d’haver entrevistat a 31 advocats dels quals 26 consideren que les al·legacions de la defensa i del MF no es tracten de la mateixa forma equitativa en els processos de presa de decisions per les següents raons:

- *“Existe automatismo al imponer la prisión provisional, ya que aunque la defensa apoye con pruebas sus alegaciones, el juez las suele ignorar, sin valorar individualmente las circunstancias personales del detenido y asumiendo la posición del fiscal.*
- *Los jueces ya tienen el criterio decidido antes de celebrar la audiencia de prisión provisional, y por lo general, jueces y fiscales hablan en privado antes de que se celebre. Resultando que este “colegueo” entre juez y fiscal vulnera el principio acusatorio previsto en la LECr.*
- *Los dictámenes de la fiscalía tienen excesivo peso en las decisiones de la mayoría de los jueces, resultando que en el 99,9% de los casos, si el fiscal solicita la prisión el juez la acuerda.*

⁸⁰ Asociación Pro Derechos Humanos de España (2015). *Informe de Investigación sobre la práctica de la prisión provisional en España*. Recuperat de: https://www.fairtrials.org/wp-content/uploads/INFORME_LA-PRACTICA-DE-LA-PRISION-PROVISIONAL.pdf

- *Dependiendo del juzgado, en muchas ocasiones se concede menos tiempo a la defensa para exponer sus argumentos que al fiscal.”*

9. En virtut del Conveni Europeu de Drets Humans tota persona detinguda preventivament té dret a ser jutjada en un termini raonable. En conseqüència, tal i com estableix l'article 504 LECrim, la presó provisional durarà el temps imprescindible per assolir qualsevol de les finalitats previstes a l'article 503 i mentre subsisteixen els motius que van justificar la seva adopció.

10. Pel que fa a la indemnització per presó provisional injusta s'han reduït molt els supòsits i només s'indemnitza en el cas d'inexistència del fet delictiu o que el fet sigui considerat atípic. Aquest canvi de criteri pot provocar un conjunt de qüestions controvertides.

11. Com a mesura alternativa a la presó provisional trobem la llibertat provisional que busca el respecte al dret a la llibertat consagrat a l'article 17 de la Constitució Espanyola i en l'equilibri entre assegurar el compliment d'una eventual sentència condemnatòria amb la defensa de les finalitats del procés, sempre tenint en compte el dret de presumpció d'innocència.

Mentre s'espera que es celebri el judici oral i l'investigat es troba en llibertat provisional, es produeixen una sèrie de mesures destinades a la protecció de les víctimes de delictes. Aquestes mesures serien la prohibició de residència, aproximació, l'ordre de protecció i altres mesures en supòsits de víctimes amb necessitats especials recollides a la recent Llei de l'Estatut de la Víctima.

12. Caldria preguntar-nos si existeix una mesura que compleixi les mateixes finalitats que la presó provisional. A simple vista i després d'haver fet un estudi no existeix una mesura alternativa igualment efectiva que la presó provisional. En aquest sentit, en un informe d'investigació sobre La pràctica de la presó provisional a Espanya⁸¹ realitzat per l'Associació Pro Drets Humans d'Espanya s'exposa que sol ser en els delictes menys greus en els que els jutges decideixen adoptar mesures alternatives a la presó provisional. Aquest fet és degut a que si els delictes són de certa gravetat no troben mesures alternatives el suficientment coercitives com per evitar el risc de fuga.

13. La presumpció d'innocència s'ha de mantenir durant tota la durada de la mesura cautelar ja que, encara que l'investigat estigui complint una mesura cautelar limitativa del dret fonamental

⁸¹ Asociación Pro Derechos Humanos de España (2015). *Informe de Investigación sobre la práctica de la prisión provisional en España*. Recuperat de: https://www.fairtrials.org/wp-content/uploads/INFORME_LA-PRACTICA-DE-LA-PRISION-PROVISIONAL.pdf

a la llibertat, encara no s'ha celebrat un judici contra ell i tothom és innocent fins que es demostrï el contrari (art. 24 CE). Resulta evident que hi ha un difícil equilibri entre la presó provisional i la presumpció d'innocència.

BIBLIOGRAFIA

Aguilera de Paz, Enrique (1924). *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Madrid: Reus.

Andrés Ibáñez, Perfecto (1997). *El juez y la prisión provisional*, AAVV, Prisión provisional, detención preventiva y derechos fundamentales (coord. Barbero Santos, M.) Seminari internacional (Toledo, 2 a 5 de octubre de 1996) Secció Espanyola d'Intercenter, Ediciones de la Universitat de Castilla La Mancha, Cuenca.

Armenta Deu, Teresa (2015). *Lecciones de Derecho procesal penal*. Madrid: Marcial Pons.

Asencio Mellado, José María (1987). *La prisión provisional*. Madrid: Civitas.

Asociación Pro Derechos Humanos (2015). Informe de investigación sobre La práctica de la prisión provisional en España. Madrid.

Barona Vilar, Silvia (1987). *Prisión provisional y medidas alternativas*. Barcelona: Llibreria Bosch.

Calamandrei, Piero (1936). *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padova: Cedam.

Damián Moreno, Juan (2004). Capítulo 3: La prisión provisional en el marco del sistema de la tutela cautelar penal. Dins de A. Dorrego de Carlos. *Régimen jurídico de la prisión provisional*. Madrid: Editorial Sepín.

De Luca, Giosepe (1953). *Lineamenti della tutela cautelare penale: la carcerazione preventiva*. Milano: Cedam.

Gutiérrez de Cabiedes, Pablo (2004). *La prisión provisional*. Navarra: Aranzadi.

Illescas Rus, Ángel Vicente (1995). *Las medidas cautelares personales en el proceso penal*. Revista de Dret Processal nº1.

Jorge Barreiro, Alberto (1996). *La prisión provisional en la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, en el libro “Detención y prisión provisional”, VVAA. Madrid: Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ.

Martín Ríos, María del Pilar (2016). *Medidas cautelares personales*. Lisboa: Juruá.

Mattes, Heinz (1975). *La prisión preventiva en España*. Madrid: Servicio de publicaciones del CEU.

Ortells Ramos, Manuel (1978). *Para una sistematización de las medidas cautelares en el proceso penal*. Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 439 - 489.

Pisapia, Gian Domenico (1982). *Compendio di procedura penale*. Padova: Cedam.

Pujadas Tortosa, Virginia (2008). *Teoría general de medidas cautelares penales: peligrosidad del imputado y protección del proceso*. Madrid: Marcial Pons.

Rodríguez Ramos, Luis. *Inconstitucionalidad de la vigente regulación de la prisión preventiva*. Actualidad Jurídica Aranzadi, nº 451. Publicat el 7 de setembre del 2000.

Ruiz-Jarabo Colomer, Dámaso (1984). *La prisión provisional en la doctrina del Tribunal Europeo de Estrasburgo*. Revista poder judicial, núm. 10, 150 – 157.

Sabatini, Giuseppe (1953). *Trattato dei procedimenti incidentali nel processo penale*. Torino: Unione tipografico-editrice torinese.

Soto Nieto, Francisco (1995). *La prisión y libertad provisionales vistas por un juez*. Revista Derecho Procesal. Ib. nº4.

Tirado Estrada, Jesús José (1998). *Violencia en el hogar y medidas cautelares en el proceso penal*. Boletín del Ministerio de Justicia, nº1820, paginas 939-947.

ÍNDIX SISTEMATITZAT DE JURISPRUDÈNCIA

Sentències del Tribunal Europeu de Drets Humans

Sentència del Tribunal Europeu de Drets Humans, de 28 de març de 1990, cas B c. Àustria.

Sentència del Tribunal Europeu de Drets Humans, de 27 d'agost de 1992, cas Tomasi c. França.

Sentència del Tribunal Europeu de Drets Humans, 26 de gener de 1993, cas W c. Suïssa.

Sentència del Tribunal Europeu de Drets Humans, de 24 de juliol de 2003, cas Smirnova c. Rússia.

Sentència del Tribunal Europeu de Drets Humans, de 15 de febrer de 2005, cas Sulaoja c. Estònia.

Sentència del Tribunal Europeu de Drets Humans, de 25 d'abril de 2006, cas Puig Panella c. Espanya.

Sentència del Tribunal Europeu de Drets Humans, de 13 de juliol de 2010, cas Tendam c. Espanya.

Sentència del Tribunal Europeu de Drets Humans, de 16 de desembre de 2014, cas Buzadj c. Moldòvia.

Sentències del Tribunal Constitucional

Sentència del Tribunal Constitucional 41/1982 de 2 de juliol.

Sentència del Tribunal Constitucional 9/1994 de 17 de gener.

Sentència del Tribunal Constitucional 128/1995 de 26 de juliol.

Sentència del Tribunal Constitucional 62/1996.

Sentència del Tribunal Constitucional 44/1997 de 10 de març.

Sentència del Tribunal Constitucional 66/1997 de 7 d'abril.

Sentència del Tribunal Constitucional 19/1999 de 22 de febrer.

Sentència del Tribunal Constitucional 47/2000 de 17 de febrer.

Sentència del Tribunal Constitucional 71/2000 de 13 de març.

Sentència del Tribunal Constitucional 72/2000 de 13 de març.

Sentència del Tribunal Constitucional 147/2000 de 29 de maig.

Sentència del Tribunal Constitucional 207/2000 de 24 de juliol.

Sentència del Tribunal Constitucional 231/2000 de 2 d'octubre.

Sentència del Tribunal Constitucional 60/2001 de 26 de febrer.

Sentència del Tribunal Constitucional 94/2001 de 2 d'abril.

Sentència del Tribunal Constitucional 23/2002 de 28 de gener.

Sentència del Tribunal Constitucional 98/2002 de 29 d'abril.

Sentència del Tribunal Constitucional 35/2014 de 27 febrer.

Sentències del Tribunal Suprem

Sentència del Tribunal Suprem 27 de gener de 1989.

Sentència del Tribunal Suprem 1045/2013 de 7 de gener de 2014.

Interlocutòries de l'Audiència Nacional

Interlocutòria 82/2017, de 16 d'octubre de 2017.

Interlocutòria 82/2017, de 2 de novembre de 2017.